

# Universidad de Huelva

Departamento Theodor Mommsen



Universidad  
de Huelva

**El lanzamiento de vivienda como proceso de ejecución con  
todas las garantías**

**Memoria para optar al grado de doctor  
presentada por:**

**Miguel Ángel Ruiz Albert**

Fecha de lectura: 15 de septiembre de 2012

Bajo la dirección del doctor:

Manuel Miguel Gómez del Castillo Gómez

**Huelva, 2013**

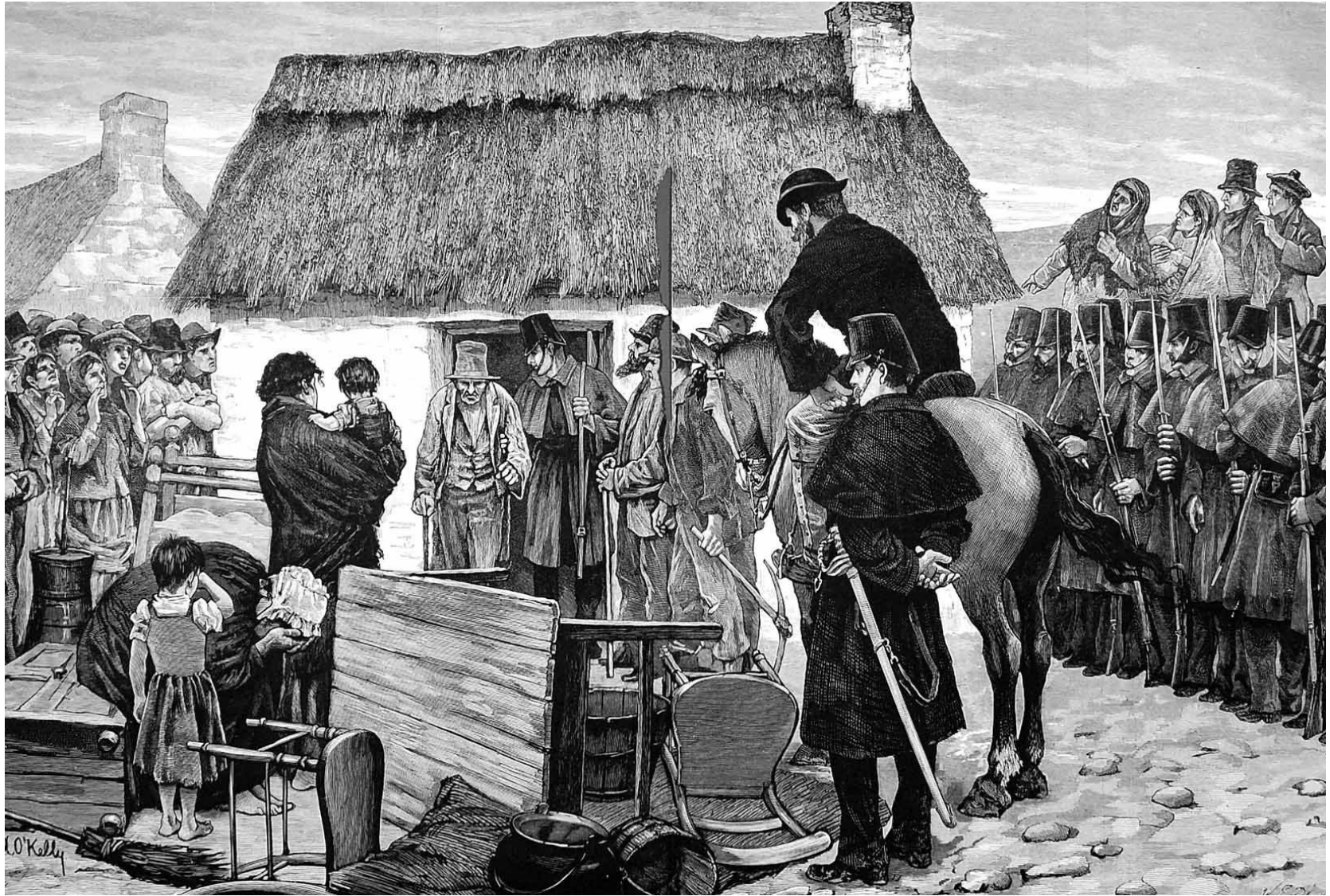
**ISBN: 978-84-15633-65-5**

**D.L.: H 90-2013**

EL LANZAMIENTO DE VIVIENDA  
COMO PROCESO DE EJECUCIÓN  
CON TODAS LAS GARANTÍAS

---

Tesis doctoral



## Ilustración

Aloysius O'Kelly, Eviction in the West of Ireland (1881)

Ilustración aparecida el 19 de marzo de 1881 en The Illustrated London News

Le acompañaba el siguiente texto:

We have little need or wish, after the protracted discussions of so many months past, upon the grievous condition of affairs between the claims of landlord and tenant in the western counties of Ireland, to dwell much on the distressing scene that is here presented. It is obviously the case of a peasant family being expelled, by the aid of the Irish Constabulary, which is a half-military force, and which has the severest coercive duties to perform, from the humble cottage that has long sheltered man, woman, and child. They have failed to pay the rent, and they are consequently ejected by regular process of law but the aspects of this business, in itself, is harsh and threatening; the scanty furniture, rudely cast out upon the ground, the weeping wife and daughter, the terrified babies, the poor old father, apparently stunned by this great affliction, whom a constable is leading from the door, may well appeal to feelings of humane compassion. Such feelings, to their credit, seem to have touched the officer and men employed in protecting those who come to execute this stern decree of forcible removal and who are perhaps themselves less susceptible of pity on these occasions. The neighbours in the village are naturally in a state of high indignation, as may be seen to the right and left of the premises; but we trust that no actual deeds of violence will be committed

Tenemos poca necesidad y aun menos deseo –después de los prolongados debates de los meses pasados sobre la penosa cuestión de los conflictos entre propietarios y arrendatarios en los condados occidentales de Irlanda– de extendernos demasiado en la desoladora escena que aquí se presenta. Es, obviamente, el caso de una familia campesina que está siendo expulsada, con la ayuda de la policía irlandesa –que es la fuerza cuasi-militar que tiene que cumplir con los ingratos deberes de la coerción— de la humilde casa rural que ha dado cobijo durante largo tiempo a hombre, mujer y niño. No pudieron pagar el alquiler y, en consecuencia, fueron expulsados siguiendo el debido proceso; sin embargo, algunos aspectos de la operación, en sí misma considerada, son duros y amenazadores. Los pocos muebles bruscamente tirados al suelo, la esposa y la hija llorando, los bebés aterrorizados, el viejo padre, que parece abrumado por su desgracia y a quien un policía acompaña desde la puerta, bien pueden apelar a la compasión humana. Tales sentimientos, parecen haber afectado también al funcionario y a los hombres empleados para proteger a aquellos que vienen a ejecutar el duro decreto de expulsión forzosa, ellos, tal vez, menos susceptibles de compasión en estas ocasiones. Los vecinos del pueblo están, naturalmente, en estado de gran indignación, como se puede comprobar a la derecha e izquierda del inmueble; pese a todos, confiamos en que no se cometerán actos de violencia.



EL LANZAMIENTO DE VIVIENDA  
COMO PROCESO DE EJECUCIÓN  
CON TODAS LAS GARANTÍAS

---

Tesis doctoral



Universidad  
de Huelva

Julio de 2012

Doctorando: [Miguel Ángel Ruiz Albert](#)

Director: [Manuel Miguel Gómez del Castillo Gómez](#)

«Daré a conocer lo poco que he aprendido  
para que alguien mejor que yo pueda atisbar la verdad  
y, en su obra, pueda probar y criticar mi error.  
Así, me regocijaré a pesar de todo,  
de haber sido un medio a través del cual salga la verdad».

Alberto Durero,  
Manuscrito, hacia 1513\*

\* Manuscrito conservado en el Museo Británico; editado y publicado por Konrad Lange y Franz Louis Fuhse en «Dürer Schriftlicher Nachlass» [Legado escrito de Durero], Max Niemeyer, 1893, pág. 288. Es la famosa cita con que Karl Popper abre su obra «Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge», Routledge & Kegan Paul, Londres, 1963; donde aparece traducida al inglés; nosotros tomamos la traducción directa del alemán que hizo Néstor Mínguez al traducir la obra de Popper mencionada («Conjeturas y refutaciones: el desarrollo del conocimiento científico», Paidós, Barcelona, 1967).

**ABREVIATURAS [11]**

**INTRODUCCIÓN [15]**

**PRIMERA PARTE. MARCO CONCEPTUAL Y NORMATIVO  
DEL LANZAMIENTO: LA EJECUCIÓN FORZOSA [29]**

**Introducción a la primera parte (31)**

**Capítulo primero. Función, razón de ser y garantías del proceso (39)**

1. La jurisdicción como función del proceso (39)
2. Razón de ser de la jurisdicción y del proceso (57)
3. Garantías de acierto y eficacia aportadas por el Derecho procesal (65)

**Capítulo segundo. La ejecución forzosa como proceso y sus garantías (85)**

1. Elementos distintivos del proceso de ejecución forzosa (85)
2. Las garantías de eficacia en el proceso de ejecución (125)
3. Las garantías de acierto en el proceso de ejecución (158)

**Capítulo tercero. La ejecución no jurisdiccional (261)**

1. Concepciones procesal y administrativa de la ejecución forzosa (261)
2. La ejecución no jurisdiccional y los derechos humanos y fundamentales (269)
3. La ejecución no jurisdiccional desde un punto de vista dogmático (279)
4. Tendencias legislativas favorables a un ejecución forzosa no jurisdiccional (294)

**Conclusiones a la primera parte (327)**

**SEGUNDA PARTE. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL  
DEL LANZAMIENTO [337]**

**Introducción a la segunda parte (339)**

**Capítulo primero. Delimitación positiva del concepto de lanzamiento (343)**

1. El término «lanzamiento» (343)
2. Lanzamiento como prestación jurisdiccional (349)
3. Lanzamiento como fase del proceso de ejecución (399)



**Capítulo segundo. Delimitación negativa del concepto de lanzamiento (439)**

1. Actividad procesal de ejecución distinta del lanzamiento (439)
2. Actividad procesal de naturaleza cautelar (451)
3. Actividad procesal de naturaleza declarativa (454)

**Conclusiones a la segunda parte (507)****TERCERA PARTE. LOS DERECHOS RELATIVOS A LA VIVIENDA EN TRANCE DE LANZAMIENTO [515]****Introducción a la tercera parte (517)****Capítulo primero. Ámbito universal de protección****(Sistema de Naciones Unidas) (521)**

1. Componentes del Sistema de Naciones Unidas relacionados con la vivienda (521)
2. Normas internacionales sobre derechos humanos relativos a la vivienda (528)
3. Interpretación de los derechos humanos relativos a la vivienda (531)
4. Aplicación de los derechos humanos relativos a la vivienda (553)
5. Mecanismos de promoción y cooperación (556)
6. Significado y alcance del derecho humano a la vivienda adecuada y la prohibición de desalojos forzosos (562)
7. Garantías y límites exigibles a la normativa nacional para que desalojos sean conformes con los Derechos humanos (595)

**Capítulo segundo. Ámbito europeo de protección****(Consejo de Europa) (625)**

1. Protección en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (625)
2. Jurisprudencia del TEDH sobre desalojos (629)
3. Protección en la Carta Social Europea (668)
4. Interpretación y aplicación de los derechos relativos a la vivienda. (671)
5. Mecanismos de vigilancia y promoción de los derechos relativos a la vivienda. (700)
6. Manifestaciones de los derechos relativos a la vivienda en la Unión Europea. (705)

**Capítulo tercero. Ámbito estatal de protección (717)**

1. Protección en la Constitución española (717)
2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (748)
3. El derecho a la vivienda en las normas administrativas: actividad promocional (756)
4. El derecho a la vivienda en las normas civiles (761)
5. Normas procesales (781)

**Conclusiones a la tercera parte (805)**

---

## **CUARTA PARTE. ACTIVIDAD PROCESAL DE LANZAMIENTO CON TODAS LAS GARANTÍAS [821]**

### **Introducción a la cuarta parte (823)**

#### **Capítulo primero. Estructura y tipología de la fase lanzamiento (829)**

1. Sistema originario de lanzamiento en la LEC de 2000: lanzamiento ordinario (829)
2. Sistema introducido por las reformas de 2003 y 2009: lanzamiento directo (842)

#### **Capítulo segundo. Etapa de preparación y evitación de la diligencia lanzamiento (877)**

1. Funciones (878)
2. Delimitación temporal: el plazo de garantía (887)
3. Contenido de la actividad procesal (908)
4. Ordenación, dirección y constancia de la actividad descrita (975)
5. Representación y defensa técnica (977)
6. Especialidades del lanzamiento directo (ejecución de sentencias de desahucio) (993)

#### **Capítulo tercero. Etapa de desarrollo de la diligencia de lanzamiento (997)**

1. Función (998)
2. Delimitación temporal (1006)
3. Interrupción y suspensión (1019)
4. Ordenación (remisión) (1058)
5. Sujetos intervinientes en la diligencia y sus funciones (1062)
6. Actividades que integran la diligencia de lanzamiento (1091)
7. Actividad de ejecución posterior a la diligencia (1127)
8. Especialidades del lanzamiento directo (ejecución del desahucio) (1132)

### **Conclusiones a la cuarta parte (1133)**

## **CONCLUSIONES [1147]**

## **BIBLIOGRAFÍA [1175]**



## ABREVIATURAS Y SIGLAS

---

A	Auto
AA	Autos
AA. VV.	Autores Varios
AC	Actualidad Civil
AG	Asamblea General de la ONU
AHDE	Anuario de Historia del Derecho Español
AP	Audiencia Provincial
ArC	Aranzadi Civil
ArS	Aranzadi Social
art.	Artículo
arts.	Artículos
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BIMJ	Boletín de Información del Ministerio de Justicia
BJC	Boletín de Jurisprudencia Constitucional
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOE	Boletín Oficial del Estado
c.	Contra
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil
CCEE	Comunidades Europeas
CESCR	Committee of Economic Social and Cultural Rights (United Nations)
CDESC	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas
CDS	Comité de Derechos Sociales del Consejo de Europa
CE	Constitución Española de 1978
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos/Corte Europea de Derechos Humanos
CEPDHLF	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
cfr.	Cónfer (compárese)
CG	Cortes Generales
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
cit.	Citado
Comp.	Compilador/compilación
Comps.	Compiladores
coord.	Coordinador
Coord.	Coordinador/Coordinación
coords.	Coordinadores
CP	Código Penal
CPC	Código di Procedura Civile
CPC	Codice di Procedura Civile
CPCP	Código de Processo Civil de Portugal
D	Decreto

D-L	Decreto Ley
DS	Diario de Sesiones (del Congreso, del Senado o de las Cortes Generales)
DA	Disposición Adicional
DF	Disposición Final
DGR	Dirección General de los Registros y del Notariado.
dir.	Director
Dir.	Director/dirección
dirs.	Directores
doc. ONU	Documento de la Organización de las Naciones Unidas
- A/...	Documento de la Asamblea General de las Naciones Unidas
- E/...	Documento del Consejo Económico y Social de la ONU (ECOSOC)
- E/C.12/...	Documento del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU
- E/CN.4/...	Documento de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU
- E/CN.4/Sub.2/...	Documento de la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la ONU (antes Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías)
- .../CONF.xxx/...	Documento relativo a una Conferencia de la ONU (dónde xxx es el número de conferencia)
- HS/...	Documento del Centro de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (Habitat)
- .../RES/...	Resoluciones de (distintos órganos) de la ONU
- .../SR/...	Actas Resumidas (Summary Records) de (distintos órganos) de la ONU
- .../Add.	Addendum a un documento de (distintos órganos) de la ONU
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DRAE	Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.
DT	Disposición Transitoria
DSCC	Diario de Sesiones de las Cortes (Congreso de los Diputados)
DSCS	Diario de Sesiones de las Cortes (Senado)
DT	Disposición Transitoria
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
ECOSOC	United Nations Economic and Social Council/Consejo Económico y Social de la ONU
Ed.	Edición
Edit.	Editorial
EM	Exposición de Motivos
EMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
Et al.	Et alii; y otros
FJ	Fundamento Jurídico
HRC	Human Rights Committee/Comité de Derechos Humanos (Comité de Derechos Civiles y Políticos)
ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights
ICESCR	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights

i.f.	In fine (al final)
ibíd.	Ibídem (ahí mismo, en el mismo lugar)
íd.	Ídem (lo mismo)
infra	
LAR	Ley de Arrendamientos Rústicos
LAR/1981	Ley de Arrendamientos Rústicos de 1981
LAR/2005	Ley de Arrendamientos Rústicos de 2005
LAU	Ley de Arrendamientos Rústicos
LAU/1954	Ley de Arrendamientos Urbanos de 1954
LAU/1994	Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994
LC	Ley Concursal
LEC/1855	Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855
LEC/1867	Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 tras la reforma de 1867
LEC/1978	Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 tras la reforma de 1878
LEC/1881	Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, R.D. de 14 de septiembre de 1882
LEC/2000	Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, Ley 1/2000, de 7 de enero
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, Ley 1/2000, de 7 de enero
LECrím.	Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882,
LH	Ley Hipotecaria, Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946
LO	Ley Orgánica
LOCJ	Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales, LO 2/1987, de 18 de mayo.
LOFCS	Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, LO 2/1986, de 13 de marzo
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial, LO 6/1985, de 1 de julio
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, LO 2/1979, de 3 de octubre
LPH	Ley de Propiedad Horizontal, Ley 49/1960, de 21 de julio
LRJ-PAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, de 26 de noviembre
LPL	Ley de Procedimiento Laboral
MF	Ministerio Fiscal
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica
núm.	número
núms.	números
O.G.	Observación General (del CDESC de Naciones Unidas)
O.M.	Orden Ministerial
ONU	Organización de las Naciones Unidas
op. cit.	Obra citada
pág.	Página
págs.	Páginas
párr.	párrafo
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
R.A.	Repertorio Aranzadi

RAJ	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
R.D.	Real Decreto
RDGR	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
RH	Reglamento Hipotecario, Decreto de 14 de febrero de 1947
ROCSJ	Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales, Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre
RJCat	Revista Jurídica de Cataluña
RPJ	Revista del Poder Judicial
S.	Sentencia
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
SCP	Servicio Común Procesal
s.e.	sin editorial
s.l.	sin lugar (de edición, de impresión)
sigs.	Siguientes
SS.	Sentencias
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
supra	
T./t.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Tít.	Título
TR	Texto Refundido
Trad.	Traducción/traductor
TS	Tribunal Supremo
Ult./ult.	Último
Ults./ults.	Últimos
UN. doc.	Documento de Naciones Unidas
UPAD	Unidad Procesal de Apoyo Directo
V.gr.	Verbigracia; por ejemplo
Vid. infra	Véase abajo (después)
Vid. supra	Véase arriba (antes)
Vid.	<i>Vide/videatur</i> ; Véase
vol.	Volumen
Vol.	Volumen
Vols.	Volúmenes
vs.	contra
§	Párrafo numerado (en resoluciones oficiales, por ejemplo)
{}	Una nota a pie de página en el original
//	Sustituye a un cambio de renglón en el original

### 1. Objeto de estudio: cuestión problemática

Quien dispone de un título ejecutivo en el cual el Estado reconoce su derecho a una prestación a cargo de su deudor espera que el tribunal ante quien acude haga todo lo posible para proporcionarle dicha prestación. Tal es, para el demandante, la función del proceso de ejecución: satisfacer su derecho y hacerlo con eficacia y celeridad. La resistencia del deudor a cumplir aquello que el título le reconoce es la razón que justifica la intervención del tribunal; nada hay ya que discutir, el tribunal debe vencer la voluntad del demandado para que el acreedor obtenga la prestación debida. Este modo de entender la ejecución, a veces calificado de «ejecución pura»<sup>1</sup>, es el que se sostiene cuando se afirma que «la cognición repugna a la ejecución»<sup>2</sup>.

Cuando la prestación que ampara el título ejecutivo (típicamente una sentencia) consiste en la entrega de un bien inmueble, el deudor, para cumplir dicha prestación, debe abandonarlo, desalojarlo, salir de él; si no lo hace, el acreedor pretenderá la ejecución forzosa que consistirá en el desalojo o expulsión mediante el empleo de la coerción o compulsión: el lanzamiento.

El antecedente del actual régimen del lanzamiento, contenido en la LEC de 2000, se encuentra en los códigos procesales de 1855 y 1881 en los que se regulaba como actividad de «ejecución de la sentencia de desahucio», aquella sentencia que, declarando extinguido (o resuelto) un arrendamiento y nacido, correlativamente, el deber de devolver el inmueble, condenaba a su restitución. Tales normas, en consonancia con la concepción de la ejecución expuesta, se limitaban a establecer unos breves plazos (de ocho a veinte días) para el desalojo del inmueble (plazos llamados —y considerados— de «gracia» o «humanidad»)

---

<sup>1</sup> En cuanto actividad sin contradicción y, por consiguiente, de la que pueden hacerse cargo órganos no jurisdiccionales (vid. PODETTI, Ramiro, *Tratado de las ejecuciones*, pág. 418).

<sup>2</sup> DE LA PLAZA, afirma que «[...] lo que constituye característica del proceso de ejecución (no nos cansaremos de repetirlo) es que la cognición está ausente de él y repugna a su esencia [...]» (De la Plaza, Manuel, «Los principios fundamentales del proceso de ejecución (I)», *Revista de Derecho Privado*, núm. 333 (1944), tomo XXVIII, pág. 904).



tras los cuales el lanzamiento se realizaría ya «sin prórroga ni consideración de ningún género»<sup>3</sup>.

Las afirmaciones anteriores, en sí mismas cargadas de razón, pueden, sin embargo, verse cuestionadas si adoptamos otro punto de vista. Tal punto de vista proviene del desarrollo y positivación durante todo el siglo XX de los derechos humanos y, en particular, el desarrollo de los derechos económicos y sociales, su plasmación en las Constituciones que, como la española, responden al modelo propio del Estado social y democrático de Derecho, el correlativo proceso de universalización de los derechos humanos en el marco del Sistema de Naciones Unidas y de organizaciones regionales como el Consejo de Europa, así como, la toma de conciencia respecto a la interrelación e interdependencia entre todos los derechos humanos; realidades todas ellas que han puesto de manifiesto la exigencia de que la ejecución (como actividad jurídico-pública para la realización justa del Derecho) no quede al servicio exclusivo del acreedor.

Es en el ámbito internacional de protección de los derechos humanos donde se ha manifestado con más intensidad el fenómeno indicado, pues el bien jurídico que resulta directamente afectado por el lanzamiento (la vivienda) ha sido identificado como la base material de un conjunto de derechos humanos (los denominados «derechos relativos a la vivienda») y ha recibido por ello la mayor atención desde el punto de vista de su protección en el contexto de la ejecución forzosa. En este sentido, la Comisión de Derechos Humanos (luego transformada en el Consejo de Derechos Humanos) identificó, a partir de mediados de los años 90, los denominados «desalojos forzosos» como una forma de violación grave de los derechos humanos (de los «derechos relativos a la vivienda»<sup>4</sup>) y, en particular, del «derecho (humano) a la vivienda adecuada», instando a eliminar dicha práctica. La última resolución en este sentido del Consejo de Derechos Humanos (la

---

<sup>3</sup> HERNÁNDEZ DE LA RÚA, respecto a estas palabras afirmaba: «*Comprende este artículo la disposición dura, es verdad, pero justa, de que, al que rebelde y temerario contra la autoridad, no hubiese desalojado la finca, se le lance inmediatamente despues de notificada la providencia, sin consideracion de ningun genero y a su costa*» (Hernández de la Rúa, Vicente, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo III, segunda edición, Imprenta del Boletín de Jurisprudencia, Madrid, 1858, págs. 392 y 393).

<sup>4</sup> Traducimos así la expresión en inglés «housing rights» que aglutina el conjunto de derechos humanos que tienen como base material la vivienda, entre ellos (pero no sólo) el derecho a la vivienda (right to housing).

resolución 6/27, del año 2007) insta a los Estados a «Proteger a todas las personas contra los desalojos forzosos que no sean compatibles con la ley y los tratados internacionales de derechos humanos, [...]»<sup>5</sup>. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, órgano encargado en el seno del Sistema de Naciones Unidas de vigilar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ha señalado que si bien «[...] algunos desalojos pueden ser justificables, por ejemplo, en caso de impago persistente del alquiler o de daños a la propiedad alquilada sin causa justificada, las autoridades competentes deberían garantizar que los desalojos se lleven a cabo de manera permitida por una legislación compatible con el Pacto»<sup>6</sup>, especificando que tal conclusión implica que aun cuando se considere justificado un lanzamiento «[...] debería llevarse a cabo con estricto cumplimiento de las disposiciones pertinentes de las normas internacionales de derechos humanos y respetando los principios generales de la razón y la proporcionalidad»<sup>7</sup>. Aun más; la relatora especial de las Naciones Unidas para la vivienda adecuada, Sra. RAQUEL ROLNIK, en su primer informe periódico a la Asamblea General, recomendaba a los Estados que «se abstengan de adoptar medidas que puedan llevar a la pérdida de los hogares, en particular en los casos de desalojo, ya sean de los considerados legales o ilegales en virtud de la legislación nacional, habida cuenta que, conforme a la prohibición de los desalojos forzosos contenida en las normas internacionales de derechos humanos, los desalojos no deben tener como resultado el desamparo»<sup>8</sup>. En esta línea se manifiestan igualmente las decisiones del Comité de Derechos Sociales, órgano del Consejo de Europa encargado por sus miembros de supervisar la aplicación de la Carta Social Europea. El citado Comité del Consejo de Europa ha seguido la corriente interpretativa de Naciones Unidas al afirmar que: «[...] el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales es una clave de interpretación. El artículo 11 reconoce el derecho a la vivienda como uno de los elementos del derecho a un adecuado nivel

---

<sup>5</sup> Resolución 6/27, de 14 de diciembre de 2007 (6.ª sesión del Consejo), titulada «La vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado».

<sup>6</sup> Observación General núm. 7, sobre desalojos forzosos, UN doc. E/1998/22 y E/C.12/1997/10, anexo IV, § 11.

<sup>7</sup> *Ibidem*, § 14.

<sup>8</sup> UN doc. A/63/275, § 73, b.

de vida. El Comité también atribuye gran importancia a los comentarios generales 4 y 7 del Comité de Derechos Económicos sociales y Culturales de las Naciones Unidas. El Comité ha prestado gran atención y se ha beneficiado grandemente de los trabajos del Relator Especial para la vivienda adecuada [...]»<sup>9</sup> y ha adoptado, sobre esta base, varias decisiones de condena contra Estados miembros del Consejo de Europa por vulnerar los derechos relativos a la vivienda.

No faltan razones para cuestionar el valor vinculante de las afirmaciones transcritas. Algunas provienen de órganos cuya jurisdicción requiere una sumisión previa por parte de los Estados y depende, por consiguiente, de protocolos que no han sido firmados por España (es el caso del Comité de Derechos Sociales)<sup>10</sup>. Otras emanan de órganos técnicos integrados por expertos nombrados por los Estados y no de órganos judiciales con capacidad para producir jurisprudencia vinculante ni de órganos parlamentarios elegidos democráticamente (es el caso del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU o de la Relatora Especial para la Vivienda Adecuada). Finalmente, las hay que proceden de órganos políticos, formados por representantes de los Estados, pero sin capacidad para celebrar tratados o producir normas generales con valor vinculante (el caso del Consejo de Derechos Humanos).

Con todo, las razones apuntadas no permiten desechar los pronunciamientos de los mencionados órganos (al menos no sin una detenida consideración) en cuanto expresión de una interpretación de los Derechos humanos cuando menos plausible, autorizada y con referencia directa y expresa a la institución del lanzamiento. Menos aún cuando nuestra Constitución establece el deber de interpretar y aplicar las normas de conformidad con los Tratados y Convenios sobre derechos humanos suscritos por España (art. 10.2 CE) y recoge en su articulado un derecho fundamental a la vivienda adecuada (art. 47 CE) cuyo reconocimiento, respeto y protección «inspirará la práctica judicial» (art. 53.3 CE). La consideración y puesta en valor de la interpretación y aplicación internacional de los Derechos

---

<sup>9</sup> Caso *FEANTSA contra Francia*, 2007 (§§ 66 y 67). En idéntico sentido caso *International Movement ATD Fourth World contra Francia* (§§ 68 a 71).

<sup>10</sup> Segundo protocolo adicional a la Carta Social Europea, 1995.

humanos con relación al lanzamiento resulta ineludible cuando se trata de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano cuya jurisdicción sí vincula a España (art. 93 CE) y que ha abordado, en numerosas resoluciones, el derecho a la vivienda adecuada desde la perspectiva del derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH).

Tanto la redacción original de la LEC como las reformas de la misma en materia de desahucio realizadas en los años 2003, 2009 y 2011 han puesto de relieve que la tendencia normativa internacional a la protección frente a los desalojos expresada en párrafos anteriores no sólo no ha encontrado eco en nuestra legislación nacional sino que, por el contrario, ésta se encamina hacia fórmulas de satisfacción del acreedor cada vez más expeditivas que recuerdan (incluso en su denominación, «ejecución directa» o «lanzamiento directo», con las que el legislador alude a ellas: párrafo segundo del art. 447 LEC/2000 y párrafo tercero del art. 549 LEC/2000) a la ejecución pura que subyacía a nuestras leyes decimonónicas en un contexto político, social y jurídico bien diferente (art. 1599 LEC/1881 y arts. 449 y 450 LEC/1855). Podría pensarse que así debe ser: el proceso de ejecución tiene por función dar tutela al acreedor. La repercusión de dicha tutela sobre la esfera jurídica del deudor amparada por derechos humanos y fundamentales es función de otro poder del Estado: el Poder ejecutivo, que mediante sus sistemas de protección social a cargo de las Administraciones Públicas debe hacerse cargo de las eventuales consecuencias del lanzamiento.

La anterior conclusión (el reparto de funciones entre órganos judiciales y administrativos para el cumplimiento de los derechos humanos fundamentales), se vería avalada si se considera que diversos pronunciamientos de tribunales y otros órganos competentes para la protección internacional de los Derechos humanos han destacado la vulneración del Derecho a la tutela judicial y al debido proceso<sup>11</sup> que supone la excesiva dilación temporal en los lanzamientos, aun cuando tal retraso tuviera como causa la protección social de los ocupantes de la vivienda

---

<sup>11</sup> ALMAGRO NOSETE afirma, en relación con el *debido proceso*, que éste «[...] conecta las meras formalidades de un proceso, con las condiciones de justicia del mismo para garantizar que el ciudadano sea razonablemente enjuiciado sin atentar a sus derechos fundamentales» (Almagro Nosete, José, *Constitución y proceso*, Barcelona, 1984, pág. 105).

objeto de desalojo. En este sentido, sirva de muestra la Resolución de 8 de diciembre de 2004 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa (adoptada al amparo del art. 46, párrafo 2 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales)<sup>12</sup> que amonesta al Estado italiano ante sus constantes violaciones del artículo 6 del CEDH (derecho a un juicio justo sin dilaciones) y del artículo 1 del Protocolo 1 (derecho al disfrute pacífico de los bienes), reconocidas en más de 140 sentencias del TEDH, a pesar de admitir que los retrasos del Estado italiano en la tutela efectiva de los propietarios y arrendadores estaban avalados por una legislación excepcional protectora del orden público que pretendía evitar la situación, socialmente inadmisibles, de un gran número de personas sin hogar<sup>13</sup>. La tentación es, pues, intensa: el tribunal procederá al lanzamiento «sin prórroga ni consideración de ningún género» (auxiliado por la Administración de policía) y otras Administraciones públicas harán frente a los derechos relativos a la vivienda (Servicios Sociales, Administración a cargo de programas de vivienda, etc.).

Sin embargo, el «reparto de funciones» (mejor dicho, la radical separación de funciones) entre Tribunales y la Administración para atender los compromisos del Estado con los derechos humanos (o, dicho de otro modo, el olvido por los tribunales de los derechos relativos a la vivienda en el proceso de ejecución forzosa) no responde a la verdadera naturaleza de la jurisdicción. El esclarecimiento de la naturaleza, constitucionalmente reconocida, de la ejecución (y singularmente del lanzamiento) como proceso y las consecuencias que se derivan de dicha naturaleza para las garantías que la ejecución debe asegurar, permiten llegar a una conclusión diferente. Concebida como verdadero proceso

---

<sup>12</sup> Resolución provisional de 8 diciembre de 2004 del Comité de Ministros del Consejo de Europa (adoptada al amparo del art. 46 apartado 2 del Convenio enmendado por el Protocolo núm. 11) relativa al fracaso de la ejecución judicial de las órdenes de desalojo contra inquilinos en Italia (*Interim Resolution* ResDH (2004)72).

<sup>13</sup> Pueden servir de síntesis de la postura del TEDH las siguientes palabras que tomamos de la Sentencia de 28 de julio de 1999 (*Immobiliare Saffi c. Italia*; retraso de más de trece años en la ejecución de la orden de entrega de la posesión obtenida por la empresa demandante): «mientras que se puede aceptar que los estados pueden, en circunstancias excepcionales, y, como en este caso, avaladas por el margen de apreciación que les corresponde para controlar el uso de la propiedad, intervenir en los procedimientos para la ejecución de decisiones judiciales, las consecuencias de tales intervenciones no deben ser tales que la ejecución quede impedida, invalidada o se retrase indebidamente y, menos aun, que la substancia de la decisión se vea socavada» (§§ 69 a 74).

jurisdiccional, la ejecución forzosa no puede atender únicamente al derecho del acreedor, pese a estar amparado en un título ejecutivo. Por una parte, porque el título proporciona exclusivamente una presunción (y no una certeza absoluta) sobre la existencia y eficacia de la acción ejecutiva; por otra parte (y sobre todo), porque la pretensión del acreedor, amparada —sin ninguna duda— en su derecho a la tutela efectiva, habrá de hacerse efectiva, sin embargo, sobre una esfera jurídica (la del deudor) integrada por diversos bienes y derechos (algunos de rango fundamental) cuyo modo y grado de afectación por la ejecución forzosa se encuentra cubierta por las garantías propias del proceso (singularmente a través de los principios de derecho material y de proporcionalidad) que forman parte del derecho a la tutela efectiva (ahora del ejecutado: carácter bifronte de la acción)<sup>14</sup>.

Por otra parte, los derechos relativos a la vivienda, para ser efectivamente protegidos con el alcance que se les otorga en los distintos ámbitos de protección mencionados, exigen que los propios tribunales asuman la función de ponderar los derechos en presencia y articular medidas proporcionadas instando y dirigiendo la cooperación de las Administraciones públicas. La pregunta ahora es si la regulación actual del lanzamiento es adecuada para abordar dicha tarea.

La cuestión cuya resolución afronta nuestro estudio es, en resumen, la siguiente: la exigencia y aptitud del proceso de ejecución español, y, más en concreto, del vigente régimen de lanzamiento contenido en nuestra LEC, para dar adecuada satisfacción a dos aspiraciones legítimas pero aparentemente contrapuestas: la del acreedor a la entrega del inmueble cuya posesión le corresponde al amparo de un título reconocido por el Estado (aspiración amparada, sin lugar a dudas, por el

---

<sup>14</sup> BARBOSA MOREIRA ha señalado que estos límites al principio de la mayor coincidencia posible [*greatest possible coincidence*, principio equivalente al de ejecución de sentencia en sus propios términos de nuestra jurisprudencia constitucional] «lejos de representar síntomas de un mal funcionamiento, están en armonía con el sistema legal: son, por decirlo así, queridos por el sistema; provienen de la ya mencionada necesidad de preservar valores de otra naturaleza que también deben ser tenidos en cuenta por la ley». Este mismo autor considera «fácilmente comprensibles los efectos traumatizantes que una ejecución específica puede provocar, con el eventual recurso a la fuerza policial para superar la resistencia. El riesgo existente puede a veces causar más daños que los que la sentencia trata de evitar. En el momento actual, parece no haber una solución satisfactoria» (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, «Regional Report from South America», en AA. VV. (Sir Jack Jacob Q. C., coord.), *Trends in the Enforcement of Non-money Judgements and Orders*, 1988, págs. 91 y 104, la traducción del inglés es nuestra).

derecho fundamental a la tutela efectiva —y los derechos fundamentales que pueden hallarse tras el título: derecho de propiedad, por ejemplo—) y la de su ocupante a no ser privado de aquellas condiciones materiales mínimas que su dignidad como persona exige y que en un momento determinado de su vida se asientan sobre el inmueble objeto de desalojo (aspiración también amparada, igualmente sin lugar a dudas, por una diversidad de derechos humanos y fundamentales —derechos relativos a la vivienda— que se canalizan y protegen a través del derecho a la tutela efectiva, ahora del demandado).

## **2. Propuesta de solución y metodología seguida; plan de la obra.**

Nuestra tesis o afirmación (que creemos haber avalado con este trabajo) es que el lanzamiento, como fase específica del proceso de ejecución no dineraria, es una institución jurídica que debe permitir alcanzar la satisfacción del derecho que asiste al demandante a la entrega de la posesión inmediata de un inmueble, reconocido y amparado por un título ejecutivo, garantizando, al propio tiempo, la tutela de bienes jurídicos del ejecutado amparados por derechos reconocidos en la normativa internacional sobre derechos humanos y acogidos igualmente en la Constitución Española; tutela efectiva de ejecutante y ejecutado mediante el despliegue de las garantías que integran el derecho al proceso debido y, en particular, la garantía representada por los principios de derecho material y de proporcionalidad.

Llegamos a esta conclusión al considerar el proceso como institución jurídica al servicio de la jurisdicción y ésta como la función (asumida por el Estado de Derecho y recogida en su Constitución) de realización justa (en cuanto acertada y eficaz) del derecho. La jurisdicción persigue, en efecto, la realización del derecho dotada de eficacia, pero también el acierto y racionalidad en dicha aplicación: en definitiva, aspira a la justicia. Para lograr este fin, la jurisdicción requiere de instrumentos (sintéticamente identificables con los tribunales imparciales y los procesos dotados de todas las garantías mediante los que éstos actúan —arts. 24 y 117 CE—) que aseguren que la satisfacción efectiva del derecho de un sujeto se realiza con acierto y no a costa o con merma innecesaria o no permitida de los derechos del ejecutado o de terceros.

Como punto de partida para desarrollar la tesis expuesta, hemos considerado necesario indagar en qué sentido y con qué alcance la función enunciada (la jurisdicción como realización del derecho con las máximas garantías de acierto y eficacia) es también función propia y específica del proceso de ejecución, así como detallar aquellos mecanismos concretos (mecanismos que se expresan como las garantías y principios comprendidos en el derecho al proceso debido o «con todas las garantías» —entre ellas los principios de derecho material y de proporcionalidad—, que reconoce el art. 24.2 CE) que permiten la realización de dicha función en este modelo de proceso. La anterior reflexión se fundamenta, a su vez, en el análisis de la razón de ser del proceso: aquellas características de la realidad (humana: social, cultural e intelectual) que justifican y dan sentido a la función que se atribuye constitucionalmente a la institución procesal y permiten determinar la adecuación a la misma de su regulación jurídica evitando caer en la falacia de definir la función por el alcance o resultados proporcionados por el instrumento que, de hecho, la sirve (pues en tal caso, la función siempre aparecerá satisfecha y el instrumento siempre idóneo a ella, habida cuenta de que la definición de la función se hizo incurriendo en una petición de principio). Si la razón de ser del proceso es la misma cualquiera que sea el tipo de proceso (declaración o ejecución) se explica, en último término, la igualdad de funciones entre los procesos y, por consiguiente, la exigencia de similares garantías (aunque no idénticas). A esta tarea dedicaremos la primera parte de nuestro trabajo.

En segundo lugar (a ello responde la segunda parte de nuestro trabajo), hemos considerado preciso delimitar una noción del lanzamiento que, al tiempo que nos dé cuenta de su perfil distintivo frente a otras fases, trámites y diligencias del proceso de ejecución, centrando así el objeto de nuestro estudio, permita, ante todo, determinar el modo en que la actividad que denominamos lanzamiento forma parte integrante del proceso con los rasgos expuestos y, por consiguiente, en qué medida su estructura y su funcionamiento deben estar al servicio de las funciones descritas y, en consecuencia, dotados de sus mismas garantías. La conclusión no será neutral sino que condicionará una determinada interpretación de la institución del lanzamiento que impida alienarla de las exigencias del proceso con todas las garantías. Dicho de otro modo: la parca regulación del lanzamiento en nuestra ley



procesal civil puede conducir fácilmente a pecar por exceso de simplismo y, con ello, no sólo a favorecer la tendencia a una ejecución impulsiva que sólo atienda a la tutela del demandante olvidando los requisitos de proporcionalidad y, en definitiva, los derechos del demandado, sino también, olvidando incluso la propia tutela efectiva debida al demandante, a minimizar los mecanismos e instrumentos procesales que pueden servirla.

En tercer lugar, una vez determinada, en línea de principio, la idoneidad de la fase de lanzamiento para hacer frente a las necesidades de tutela jurídica del acreedor titulado (que tiene derecho a la entrega del inmueble), con ponderación simultánea de los derechos dignos de protección de quien lo ocupa sin título (y debe, por ello, entregarlo), habrá que precisar el grado de exigencia que sobre este instrumento puede llegar a imponer la protección de los derechos relativos a la vivienda. Para ello expondremos, en la tercera parte de nuestro trabajo, el alcance con el cual los distintos instrumentos de positivación de los derechos humanos, tanto en el ámbito nacional como en el internacional (universal y europeo), han proporcionado amparo a los derechos relativos a la vivienda y las exigencias que sobre el proceso de ejecución y, en particular, sobre su fase de lanzamiento ha impuesto su reconocimiento y respeto.

En cuarto y último lugar, entendemos necesario exponer (a modo de verificación de la aplicabilidad de las conclusiones obtenidas de modo más general o abstracto), la actividad procesal en que consiste o puede consistir el trámite de lanzamiento como fase procesal de un proceso con todas las garantías propio de un Estado Social y Democrático de Derecho comprometido internacionalmente con los derechos humanos. Se trata, en esta cuarta parte del trabajo, de mostrar, con la máxima concreción y realismo, que la actividad procesal de lanzamiento amparada por nuestras leyes procesales vigentes puede hacer frente a las exigencias derivadas de la jurisdicción y cumplir la función satisfactiva del acreedor que tiene un título al tiempo que proporciona las garantías que se derivan para el deudor de los principios de derecho material y de proporcionalidad garantizando el respeto a sus derechos fundamentales y humanos relativos a la vivienda (tutela efectiva que es debida al demandado). Habremos de destacar

cómo, en nuestra opinión, el trámite de lanzamiento regulado por la actual LEC de 2000 (incluso tras las reformas de la LEC emprendidas progresivamente durante entre los años 2003 y 2011) puede ser interpretado de forma que responda, acorde con la función del proceso que sostenemos, a las exigencias expuestas.

### **3. Relevancia del estudio**

El análisis desarrollado (se comparta o no) supone, según nosotros, una aportación a un debate necesario sobre el modo en que los derechos humanos de económicos y sociales, relativamente novedosos (aunque interrelacionados —más de lo que, a veces, se quiere reconocer— con derechos humanos liberales como el derecho a la vida o a la intimidad) consagrados en textos nacionales (Constituciones) e internacionales (Instrumentos de Derechos Humanos) pueden y deben ser articulados en el marco de un proceso con otros derechos más clásicos, más asentados y con una mayor protección en el ámbito del ordenamiento jurídico nacional, como son el derecho a la propiedad o el derecho a la tutela efectiva.

La respuesta a la anterior cuestión enlaza con la relativa a la capacidad del Derecho procesal nacional para hacer frente, mediante instrumentos y respuestas concretas (los tribunales nacionales y los procesos que ante ellos se desarrollan), a las exigencias derivadas de la consagración de los derechos humanos en el ámbito internacional, su vigilancia a través de órganos internacionales y su tutela por tribunales igualmente internacionales. La respuesta negativa (la incapacidad del derecho interno para dicha tarea) puede conllevar situaciones de bloqueo en el avance de los instrumentos internacionales (como demuestra la falta de ratificación por nuestro país del protocolo adicional a la Carta Social Europea) o situaciones paradójicas como la posibilidad de que órganos internacionales encargados de la vigilancia, tutela y protección de los derechos humanos puedan llegar a condenar a un Estado social y democrático de Derecho (como España, Italia o Francia) por vulneración de los derechos humanos tanto si el Estado procede al desalojo (vulnerando derechos fundamentales vinculados a la vivienda de sus ocupantes), como si no hace (vulnerando entonces el derecho a un proceso sin dilaciones del demandante de ejecución). Convenimos, por ello, con

SAAVEDRA GALLO cuando afirma que uno de los desafíos más destacados del siglo XXI consiste en «Construir cuadros–marcos normativos de ámbito internacional, con formato constitucional; una especie de supraconstitución sobre derechos humanos» y, como pieza inseparable de este reto «armonizar las legislaciones internas de los Estados regidos por ese marco normativo general o supraconstitución, con el fin de ajustarlas a sus contenidos [...]»<sup>15</sup>.

En el ámbito social no cabe duda de que la aptitud del sistema jurídico para articular armónicamente los derechos de todos redundará en un mayor grado de justicia, y, consiguientemente, de satisfacción jurídica, paz social y confianza en las instituciones<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> SAAVEDRA GALLO, Pablo, «Sistema de Garantías», en AA. VV., *Sistema de Garantías Procesales*, Dijosa, Madrid, 2008, pág. 60.

<sup>16</sup> Del carácter esencialmente polémico de esta materia nos habla el hecho de que desahucio y lanzamiento sean los ámbitos de la LEC en que más leyes de reforma han incidido (o pretendido incidir, si consideramos los proyectos y proposiciones de ley tramitadas y no aprobadas) desde su entrada en vigor en enero de 2001 (Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo; Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios; ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal; además de diversas proposiciones de ley que caducaron o no fueron aprobadas). Lo que parece ser una constante histórica: algo parecido ocurrió respecto a la LEC de 1855 (reformada en materia de desahucio por leyes de 25 de junio de 1867 y de 25 de junio de 1877). La protección al inquilino y al colono ha sido una necesidad sentida desde antiguo, al ser el arrendamiento la fórmula más socorrida para disponer de vivienda por quien no la tiene propia y para el desarrollo de la actividad económica por empresarios sin local. Sin embargo, esta tendencia protectora ha chocado, también constantemente, con el derecho de propiedad que se ve muy afectado por el disfrute ajeno contra la voluntad de su dueño (sobre todo sí dicho disfrute no conlleva ya —por cualquier razón— el pago de renta). Baste como muestra de la antigüedad del problema las palabras de CICERÓN ante la condonación de rentas realizada por César a los inquilinos hacia el final de la República: Al volver César de Oriente en el 46 a. C dispuso la condonación por un año de los alquileres inferiores a dos mil sestercios en Roma y hasta quinientos sestercios en toda Italia; Cicerón, él mismo arrendador afectado, se manifestó en estos términos: «[...] es la verdadera ciencia de un buen ciudadano, no destruir los intereses de los demás, sino medirlos todos por la misma medida; ¡Qué!, ¿habitar de balde en casa ajena?, ¿cómo es esto?; ¿Que yo compre, que edifique, que guarde, que gaste mis caudales, y que venga otro a disfrutarlo contra mi voluntad? ¿Qué diferencia hay entre quitarle a uno lo que es suyo y dar a otro lo ajeno?» (Cicerón, *De Off*, Libro II, 23-24, trad. Elguera, «Origen y Evolución del contrato de locación en Roma», RSADR 2-3 (1956), págs. 13 y sigs.; vid. Pedreira López, Adela, *Emptio Tollit Locatum*, Edisofer, 1996, págs. 108 y 109). Por su parte, el redactor de la (oficiosa) exposición de motivos de la LEC de 1855, GÓMEZ DE LA SERNA, afirmaba: «Abuso antiguo era que dada la providencia de lanzamiento, estuviese aun muchas veces por largo tiempo privado el propietario de la libre disposición de su finca. En la memoria de todos están los medios escogitados por los inquilinos de Madrid, que no pagaban con puntualidad los arrendamientos, [...]. Acudían al mandamiento de amparo [en la posesión], a la prórroga por equidad, a enfermedades supuestas y a otros mil arbitrios menos decentes para conseguir, como á las veces lo lograban, permanecer por bastantes meses en una casa cuyos arrendamientos debían, y no pensaban ni podían pagar» (Gómez de la Serna, Pedro, *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1857, págs. 136 al 139). Siguiendo

---

con este rápido muestrario, recordemos que la reforma de la LAU en 1994 fue criticada por haber hecho desaparecer los plazos de desalojo (de dos meses) que por motivaciones sociales se habían introducido en la legislación arrendaticia desde principios del siglo XX: «no se aprovecha la reforma de los arrendamientos urbanos para subsanar las dificultades y situaciones dramáticas que, en la práctica forense se están originando, sobre todo, en la ejecución de sentencias que conllevan el lanzamiento; y, en segundo lugar, habida cuenta de que serán de aplicación los plazos del art. 1596 de la LEC [8, 15 y 20 días], con las consecuencias señaladas en el art. 1599 [lanzamiento “sin prórroga ni consideración de ningún género”] en el caso de incumplimiento de los mismos, resulta revelador del nulo sentido humanitario y escasa solidaridad que se aprecia en la política legislativa actual, si cabe más necesaria en un tema, con tanto contenido social, como es el del arrendamiento» (Pérez-Cruz Martín, Agustín J., *El desahucio arrendaticio urbano. Aspectos sustantivos y procesales. Su estudio doctrinal y jurisprudencial*, Forum, Oviedo, 1999, págs. 93, 94). Y, en la misma línea polémica, baste una frase del debate parlamentario de la que terminaría siendo la Ley 19/2009, de 23 de noviembre (de «agilización procesal del alquiler»): «Nosotros decimos que lo que hacemos hoy es aprobar una medida que puede dejar en la calle a mucha gente y que puede hacer que esta gente que se queda en la calle se quede sin colchón social alguno [...] Se puede y se debe legislar para dar garantías al propietario, pero se debe garantizar que aquellas personas que entran en una situación de paro y, por lo tanto, en una situación de riesgo de exclusión social, no vean agravada su situación. Hoy el riesgo de exclusión social no es un relato ni un discurso, es una realidad señoras diputadas y señores diputados. La pregunta es: ¿Qué garantía han introducido en esta ley para que esto no pase? No he visto ninguna, ninguna. Y lo que he visto es que avanzábamos en esta línea» (Congreso DS. Pleno, núm. 118, de 29 de octubre de 2009, págs. 25 y 26).

Esta persistencia de los problemas vinculados al arrendamiento y, en particular, al desahucio provienen, sin duda, de lo agudo del conflicto de derechos (no sólo de intereses) que este tipo de procesos expresan y que alcanzan su momento de máxima tensión en el momento del lanzamiento.



PRIMERA PARTE

---

**El marco conceptual y normativo del lanzamiento:  
la ejecución forzosa**



Se ha repetido con insistencia, desde que CARNELUTTI lo afirmara con su expresividad característica, que la ejecución ha sido la Cenicienta del derecho procesal, haciendo referencia a la escasez del tratamiento legal y doctrinal de la misma. En tal caso, la ejecución de condenas no dinerarias habría sido Cenicienta entre las cenicientas, lo que confirmaría el escaso número de normas a ella dedicadas por los primeros Códigos procesales. Pero el incremento del número de trabajos y monografías sobre el proceso de ejecución forzosa, en particular sobre el proceso de ejecución dineraria, aunque también, si bien en menor medida, sobre el proceso de ejecución de condenas no dinerarias<sup>1</sup>, unido al aumento del número de normas dedicados a este último en la vigente LEC de 2000, permite revisar el calificativo otorgado.

Al propio tiempo, la concepción de una ejecución de sentencia a la que el conflicto y, por consiguiente, la cognición, la contradicción y la declaración eran ajenas, que se reflejó en las antiguas Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881 (concepción en la que influyó la confusión generada por la errática ubicación sistemática del juicio ejecutivo y las consiguientes dudas y polémicas

---

<sup>1</sup> Entre otras: CARRERAS LLANSANA, JORGE, *El embargo de bienes*, J. M.<sup>a</sup> Bosch, Barcelona, 1957; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, Miguel Ángel, *El proceso de ejecución*, s.e. (Imprenta Romagraf, Barcelona), 1982; TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, *Las condenas no pecuniarias, (ejecución de sentencias de dar, hacer y no hacer)*, Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, Palma de Mallorca, 1982; SOLCHAGA LOITEGUI, Jesús, *El procedimiento de apremio sobre inmuebles*, Aranzadi, Pamplona, 1986; FRANCO ARIAS, Just, *El procedimiento de apremio*, Librería Bosch, Barcelona, 1987; CACHÓN CADENAS, MANUEL, *El embargo*, Bosch, Barcelona, 1991; VERDERA SERVER, Rafael, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1995; MORAL MORO, María José, *La subasta judicial de bienes inmuebles*, J. M.<sup>a</sup> Bosch, Barcelona, 2000; CATALÁ COMAS, Chantal, *Ejecución de condenas de hacer y no hacer*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1998; CARBALLO PIÑEIRO, Laura, *Ejecución de condenas de dar*, J. M.<sup>a</sup> Bosch editor, Barcelona, 2001; PARDO IRANZO, Victoria, *Ejecución de sentencias por obligaciones de hacer y no hacer*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares* (en *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*), Iurgium, Madrid, 2001; GÓMEZ SÁNCHEZ, Jesús, *La ejecución civil*, Dykinson, Madrid, 2002; Córdón Moreno, Faustino, *El proceso de ejecución*, Aranzadi, Pamplona, 2002; REDONDO GARCÍA, Fernando, *La entrega de la posesión en los procedimientos de ejecución de inmuebles*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002; FLORS MATÍES, José y MONTERO AROCA, Juan, *Tratado del proceso de ejecución civil*, 2 vols., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; ORTELLS RAMOS, Manuel, *La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, La Ley, Madrid, 2005; SANTOS MARTÍNEZ, Albert M., *La ejecución del desahucio de vivienda*, Bosch, Barcelona, 2009.



sobre su naturaleza jurídica), ha ido dando paso en la literatura especializada (si bien no de un modo unánime ni siempre consistente) a un concepto de ejecución en el que el conflicto, la cognición, la contradicción y la declaración son admitidas como natural expresión de su verdadera naturaleza jurídica como proceso<sup>2</sup>. Esta tendencia es confirmada por la moderna regulación del proceso de ejecución que contiene la LEC de 2000. En efecto, la LEC vigente, aunque no llegue a usar el término «proceso de ejecución», regula específicamente las resoluciones procesales que pueden dictarse durante la ejecución (art. 551 LEC), admite la oposición a la ejecución de sentencias (antes tan discutida: arts. 556 y siguientes LEC), regula algunos incidentes declarativos y contradictorios (como el previsto para determinar la legitimación pasiva de terceros ocupantes del inmueble objeto de lanzamiento en los arts. 675.2 y 704.2 LEC) y regula también medios de impugnación frente a las resoluciones procesales y la actividad ejecutiva (arts. 562 y 563 LEC).

---

<sup>2</sup> FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, afirma, en este sentido, que «el proceso de ejecución precisa, también, de la actividad de cognición. Preconizar lo contrario [...] equivaldría a obligar al Juez a ejecutar “a ciegas” el contenido del título ejecutivo, volviendo la espalda a cualquier posibilidad de que el derecho que en éste aparece documentado haya desaparecido o resulte modificado por hechos sucedidos con posterioridad» (FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa* (2001), cit., pág. 28, en línea, por otra parte, con sus anteriores trabajos); también afirma este autor que «el Juez, como parte integrante de su oficio, está tan obligado a satisfacer el interés del acreedor, actuando hasta sus últimas consecuencias el título ejecutivo, como a proteger los derechos e intereses del ejecutado, evitando que se produzcan excesos en la ejecución. En ningún caso debe el Juez ordenar medidas ejecutivas que causen al deudor un perjuicio desproporcionado con el provecho que de ellas obtiene el acreedor ejecutante [...] existe una limitación constitucional a la actividad del Juez Ejecutor [...] derivada del art. 10.1 CE y complementada por los arts. 39,41, 43 y 47 CE, y que impone una cierta proporcionalidad en las actuaciones ejecutivas y una ponderación simultánea del conjunto de los derechos de que ejecutante y ejecutado son titulares: STC 113/89» (ibídem, págs. 36-37 y nota 32). RAMOS MÉNDEZ, por su parte, afirma que pese a que el «carácter coactivo de la ejecución está preordenado a la eficacia de ésta. También presenta un límite. Si bien es cierto que el juicio debe proporcionar al ejecutante todo aquello que le ha sido concedido, ello debe realizarse con las menores molestias posibles para el ejecutado y utilizando los medios que, con mayor facilidad y eficacia a la vez, conduzcan a la efectividad de la condena. La ejecución debe estar presidida por un criterio de proporcionalidad [...] se produce por lo tanto un difícil equilibrio entre los intereses de ejecutante y ejecutado que sólo la dialéctica del juicio puede resolver caso por caso» (Ramos Méndez, Francisco, *Enjuiciamiento Civil*, Atelier, Barcelona, 2008, t. i, pág. 125). Puede verse, asimismo, ORTIZ NAVACERRADA, Santiago, *La Oposición a la Ejecución Civil: Estudio Jurisprudencial*, Actualidad Editorial, Madrid, 1994; ACHÓN BRUNÉN, María José, *La oposición en los procesos de ejecución de sentencias civiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; LAFUENTE TORRALBA, A.J., *La oposición a la ejecución*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006; MARTÍN PASTOR, José, *La oposición a la ejecución y la impugnación de actos ejecutivos concretos*, La Ley, Madrid, 2007.

La aproximación que a la ejecución forzosa como verdadero proceso hace la LEC se ve desdibujada, sin embargo, por el monopolio que alguna doctrina, que parece haber sido seguida por algunas de las últimas reformas de la LEC, atribuye al principio de eficacia, seguramente por reacción frente a la lentitud e ineficacia de la ejecución en la práctica forense. Sin embargo, tal noción «impulsiva» de la ejecución, dominada por la persecución de una rápida satisfacción del ejecutante, desconoce, en nuestra opinión, importantes garantías sin las cuales la naturaleza procesal de esta modalidad de actuación jurisdiccional queda en entredicho y puede conducir, en la práctica, a una degeneración de la actividad de ejecución como actividad garante de una aplicación justa del derecho<sup>3</sup>. Esta tendencia parece arraigar (aunque no necesariamente: todo depende, finalmente, de las concreciones normativas y los matices interpretativos) en aquellas propuestas que, por ejemplo, aspiran a desjudicializar la ejecución, convirtiendo al procurador en un *huissier de justice*<sup>4</sup>; en aquellas que pretenden desarrollar la Oficina Judicial en paralelo al

---

<sup>3</sup> Tendencia sobre la que ya advirtiera ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO en 1947 afirmando que «aumentar los poderes de dirección procesal del juez es una cosa, y otra totalmente distinta erigirle en un burócrata-dictador y dejar de lado el principio del contradictorio, que a lo largo de siglos se ha revelado como el más fecundo para el rendimiento del proceso civil» (Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000 (reimpresión de la tercera edición de 1991), pág. 224).

<sup>4</sup> En esta línea, ARIZA COLMENAREJO, M.<sup>a</sup> Jesús, «El procurador en el ámbito de los “juicios rápidos civiles”», *Diario La Ley*, núm. 6316, 12 de septiembre de 2005, versión digital en Internet; PUYOL MONTERO, J., «El procurador ante la ejecución procesal: algunos criterios prácticos», *Actualidad Civil*, núm. 4-22, 28 de enero de 1996, pág. 101; MAGRO SERVET «Hacia un proceso monitorio europeo», *Diario La Ley*, núm. 5517, de 5 de abril de 2002, págs. 1 y sigs.; CORREA DEL CASSO, J. P., «Sugerencias para una futura reforma de los artículos 812 a 818 LEC, reguladores del proceso monitorio», *Diario La Ley*, núm. 5581, 5 de julio de 2002, pág. 3; DÍEZ RIAZA, Sara, *Armonización europea en materia de ejecución procesa civil (Especial consideración de la introducción del huissier de justicia en nuestro ordenamiento)*, Consejo General de Procuradores, Madrid, 2002. A esta corriente parecía adscribirse también el *Libro Blanco de la Justicia* (1997) que expresaba la «conveniencia de tender un sistema en el que, manteniendo la figura del procurador como representante de los ciudadanos ante los Tribunales, pudiera el mismo también asumir otros cometidos de colaboración con los órganos jurisdiccionales y con los abogados directores de la defensa de las partes en el procedimiento, concretamente en el marco de los actos de comunicación, en las fases procesales de prueba y ejecución y en los sistemas de venta forzosa de bienes embargados, en los términos y con las limitaciones que se establecen en otras parte de este estudio» (*Libro Blanco de la Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, págs 35 y 36).

Con posterioridad a la LEC 1/2000, el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales deja abierta esta posibilidad en su artículo 1.2, invitando a su materialización en leyes posteriores: «Es también misión de la Procura desempeñar cuantas funciones y competencias le atribuyan las leyes procesales en orden a la mejor administración de justicia, a la correcta sustanciación

propio tribunal (es decir, asentada, al menos en parte, al margen de la estructura orgánica del tribunal —como es el caso de los Servicios Comunes Procesales— y vinculada orgánica y aun funcionalmente al poder ejecutivo —y por ello con tendencia a dar prioridad a criterios de eficacia y economía antes que a criterios de rigurosa justicia—) y en aquellas que atribuyen el protagonismo absoluto de la ejecución a los Secretarios Judiciales (sometidos jerárquicamente al poder ejecutivo: vid. art. 452 LOPJ). Todas las anteriores propuestas han sido acogidas, en gran parte, por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial<sup>5</sup>. La ejecución «impulsiva» se ve favorecida, asimismo, por la tendencia hacia modelos de ejecución que carecen de cognición y de contradicción como parecen acoger, al menos en línea de principio, las últimas reformas de la ejecución de las sentencias de desahucio<sup>6</sup> mediante la denominada «ejecución directa» o «lanzamiento directo» que elimina todos los trámites procesales entre la sentencia de desahucio y el lanzamiento, o, asimismo, por la tendencia (en las mismas leyes citadas) hacia modelos de ejecución acelerada resultantes de adelantar el señalamiento de la fecha del lanzamiento acumulándolo a alguno de los trámites del juicio de desahucio (el reparto o admisión de la demanda; el requerimiento de pago en la fase monitoria del juicio de desahucio), acortando dramáticamente los plazos (y con ellos las posibilidades de contradicción) entre la sentencia y el lanzamiento.

No obstante, la tendencia expuesta se ve contrarrestada por otra que advierte de los riesgos y consecuencias del mencionado desbordamiento de la garantía de eficacia a costa de otras garantías igualmente relevantes en el proceso de

---

de los procesos y a la eficaz ejecución de las sentencias y demás resoluciones que dicten los Juzgados y Tribunales. Estas competencias podrán ser asumidas de forma directa o por delegación del órgano jurisdiccional, de conformidad con la legislación aplicable», idea que repite el Estatuto cuando define la profesión de procurador en el artículo 3. Vid. ARIZA COLMENAREJO, M.<sup>a</sup> Jesús, «El procurador en el ámbito de los “juicios rápidos civiles”», *Diario La Ley*, núm. 6316, 12 de septiembre de 2005, versión digital, § II.

<sup>5</sup> De acuerdo, a su vez, con las previsiones del *Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia*, firmado el 28 de mayo de 2001. Tuvo como precedente la reforma del Libro V («de los secretarios judiciales y de la oficina judicial») de la LOPJ a través de la LO 19/2003, de 23 de diciembre.

<sup>6</sup> Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, Leyes 23/2003, de 10 de julio y 19/2009, de 23 de noviembre y Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.

ejecución como son la imparcialidad del tribunal (y su consiguiente desvinculación de los intereses de las partes y del poder ejecutivo), la conflictividad del objeto procesal y consiguientemente la cognición judicial sobre la base del contradictorio o la vigencia de los principios de derecho material y de proporcionalidad. En este sentido, y en términos generales, se han advertido los riesgos del «justicierismo» (DE LA OLIVA)<sup>7</sup> en que puede resultar la atribución de un valor absoluto al principio de eficacia. En el mismo sentido crítico puede destacarse la reacción doctrinal (y ciudadana) frente al «Proyecto de ley de reforma de la Legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial» (presentado por el Gobierno el 12 de diciembre de 2008 —convertido en la ley 13/2009 citada—) a través de la declaración pública de diversos profesores universitarios de Derecho procesal (encabezados por los profesores DE LA OLIVA y MONTERO AROCA), bajo el lema «Por la unidad y la independencia en la administración de justicia y por las garantías procesales de los ciudadanos». La declaración hace una severa crítica al desplazamiento de las funciones de ordenación y dirección del proceso desde los Jueces y Magistrados hacia otros integrantes del Tribunal, afirmando que «administrar justicia o ejercer la potestad jurisdiccional requiere e incluye, por la naturaleza de las cosas, constitucionalmente reconocida en el apartado 3 del art. 117 CE, dirigir, de principio a fin, los procesos de todo tipo» y que «cualquier proceso constituye una elemental e insoslayable garantía de acierto de la sentencia o de la resolución equivalente, de modo que los jueces no pueden ser situados al final del recorrido procesal o verse ajenos a buena parte de sus incidencias, en las que se pone en juego la tutela jurisdiccional, confiada exclusivamente, insistimos, a los juzgadores independientes». La crítica se extiende al incremento de funciones de los Secretarios Judiciales en la ejecución, afirmando que «la ejecución procesal no puede encomendarse por entero ni primordialmente a quienes no sean Jueces y Magistrados independientes», pues «hacer ejecutar lo juzgado, por decirlo en términos tradicionales y constitucionales, es administrar

---

<sup>7</sup> Este autor se muestra contrario a instaurar o fomentar «con el pretexto o motivo de la mayor efectividad de la tutela judicial, ninguna clase de sumariedad excesiva, de justicierismo» (De la Oliva Santos, Andrés, «Verificación de los criterios esenciales de la Ley 1/2000, en sus primeros meses de vigencia», en AA.VV (Gómez Colomer, Juan Luis, coord), *La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs 21 a 44).

justicia o ejercer la potestad jurisdiccional, lo que corresponde exclusivamente a Jueces y Magistrados» siendo así que «para el inicio y el desarrollo de muchos procesos de ejecución han de dictarse no pocas resoluciones que requieren la autoridad y la potestad específicas sólo conferidas a los Jueces y Magistrados a que se refiere el apartado 1 del art. 117 de la Constitución Española».

En este polémico contexto, el objetivo del presente capítulo, dedicado al proceso de ejecución en general, es tomar postura en el debate planteado y determinar si la función y la razón de ser propias del proceso de ejecución (tal como se derivan de una interpretación de la misma en el marco del sistema jurídico con especial atención a sus exigencias constitucionales) autorizan a esperar del mismo el desarrollo de garantías e instrumentos que permitan no sólo dar eficacia al derecho del actor, sino también ponderar éste (y articularlo) con los derechos del demandado. La respuesta que daremos será, ya lo adelantamos, positiva: el proceso de ejecución no sólo puede, sino que debe ser, en cuanto manifestación de la jurisdicción, un instrumento al servicio de la acertada aplicación del derecho, lo que excluye toda aplicación expeditiva limitada a dar eficacia al título ejecutivo por mucho que dicho título pueda gozar de una presunción (que será incluso *iuris et de iure*) de validez y eficacia.

Iniciamos el análisis proyectado mediante la identificación de la función y razón de ser propias del proceso en general (capítulo primero) para luego determinar si las peculiaridades del proceso de ejecución, como especie dentro del anterior género, permiten exigir similares garantías (capítulo segundo). Es decir, en el primer capítulo nos proponemos, como primer paso de nuestra investigación, identificar la función que corresponde al proceso, como categoría jurídica general, y para ello, aun antes, la función que corresponde al derecho procesal como subsistema dentro del ordenamiento jurídico; identificar luego la causa o razón de ser que explica o justifica dicha función (aquel aspecto de la realidad social y cultural a la que pertenece el proceso que hace inteligible la función que se espera que desempeñe) y, finalmente, identificar aquellas garantías esenciales que deben estar presentes en la configuración del proceso (las estructuras o mecanismos concretos que dan forma al proceso) para que la función descrita pueda alcanzarse.

Debemos, a continuación, y será tarea del segundo capítulo, comprobar si la función, razón de ser y garantías que habremos atribuido al proceso como género pueden seguir predicándose del proceso de ejecución como especie del mismo, exponiendo, al propio tiempo, las peculiaridades distintivas que este proceso pueda presentar y el grado en que tales peculiaridades imponen (o no: esta es nuestra opción) la separación de la categoría general. Para esta tarea, procederemos metodológicamente en sentido inverso al anterior capítulo, es decir, partiendo de la configuración típica del proceso de ejecución (el proceso tal como está regulado) para tratar de mostrar el grado de pervivencia en esta modalidad de proceso de la función, razón de ser y garantías del proceso como institución general.

Por último, conscientes del carácter polémico de la materia, en el tercer capítulo de esta primera parte de nuestra tesis analizaremos críticamente diversos argumentos que pudieran amparar una concepción de la ejecución forzosa diferente de la que por nuestra parte sostenemos (la ejecución como verdadero proceso contradictorio al servicio de la jurisdicción como función de aplicación justa —y justa es eficaz pero, al propio tiempo, acertada— del derecho) y en qué medida esta diferente concepción de la ejecución (desjudicializada, sin cognición ni contradicción; ejecución pura) ha sido ya recogida en las reformas recientes de nuestros tribunales y leyes de enjuiciamiento.



**Función, razón de ser y garantías del proceso**

---

1. La jurisdicción como función del proceso (39)	
1.1. La realización del orden y de los intereses jurídicos. . . . .	<a href="#">39</a>
1.2. Las garantías para la realización justa del orden y de los intereses jurídicos.. . . .	<a href="#">46</a>
1.3. La «justicia» como expresión sintética de la función jurisdiccional.. . . .	<a href="#">55</a>
2. Razón de ser de la jurisdicción y del proceso (57)	
3. Garantías de acierto y eficacia aportadas por el Derecho procesal (65)	
3.1. Principios de imparcialidad y supremacía. . . . .	<a href="#">65</a>
3.2. Principio dispositivo.. . . .	<a href="#">67</a>
3.3. Principio de conflictividad. . . . .	<a href="#">70</a>
3.4. Principio de contradicción. . . . .	<a href="#">73</a>
3.5. Principio de eficacia. . . . .	<a href="#">78</a>

---

**1. La jurisdicción como función del proceso**

*1.1. La realización del orden y de los intereses jurídicos*

Ha sido constante el esfuerzo de la doctrina para identificar la función distintiva desempeñada por las normas procesales (la jurisdicción o función jurisdiccional)<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> La pregunta por la función del proceso o, más genéricamente, del Derecho procesal, es la pregunta por la esencia de la jurisdicción, entendida como función. Convenimos así con la centralidad de la jurisdicción como punto de partida metodológico del estudio del Derecho procesal. Sin embargo, conviene aclarar que, aun cuando dicha función en un Estado de Derecho se identifica con el núcleo de uno de sus Poderes, el Poder judicial (art. 117 CE), como tal función jurídica puede ser concebida (en abstracto) como realidad previa al surgimiento de dicho Estado, y, por consiguiente, como función antes que como poder o potestad, tal como demuestra la perspectiva histórica del fenómeno. En este sentido, NICOSIA, con referencia al Derecho romano antiguo, constata que si bien se suele aceptar que lo que permite calificar al proceso como tal es la intervención en el mismo de órganos del Estado, en calidad de jueces, para garantizar el correcto desarrollo del proceso y la imparcialidad del juicio, la actividad del *ius dicere* o función de *iuris dictio* habría surgido y durante siglos se habría desarrollado (precisado, consolidado y, en ciertos aspectos, transformado) sólo en el ámbito de los procesos *per legis actiones*, primero, y *per formulas*, después, y, por tanto, en el ámbito de los *iudicia privata* donde la intervención del Estado fue sólo parcial (Nicosia, Giovanni, *Il Processo Privato Romano, I. Le Origini*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1986 (1ª ed. Catania, 1980), págs. 3 a 9); FAIRÉN, por su parte, destaca como la idea moderna de jurisdicción proviene de la evolución de un originario (y limitado) sentido de la *iuris dictio* como declaración formulada *in jure* por el Pretor respecto al derecho aplicable al caso (manifestación, pues, de una labor creadora del *derecho que* actualmente corresponde, al menos en parte, al legislador) y sólo después extendido a todo el ámbito de la *cognitio* (incluyendo la función de *iudicare* que había tenido alcance distinto al de la *iuris dictio*, y era obra de árbitros particulares) (Fairén Guillén, Victor, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Bosch, Barcelona, 1953, págs. 131 y sigs.). En el mismo



y, por extensión, de las instituciones jurídicas construidas por las mismas en atención a dicha función, singularmente, del proceso. Este esfuerzo, inacabado, no ha sido fácil ni ha estado exento de polémica, pero, en nuestra opinión, resulta esencial para poder interpretar las normas e instituciones procesales con un criterio teleológico y sistemático, partiendo de la aprehensión de su sentido en el conjunto del Ordenamiento jurídico y de la vida social en general<sup>9</sup>.

No queremos con ello decir que la jurisdicción no pueda ser entendida en otros muchos sentidos, sino que, entre ellos, aquel que hace referencia a una función específica a desarrollar por un subsistema del Ordenamiento jurídico (el que representa el Derecho procesal) ha de ser tomado como punto de partida. Hay que reconocer que la función que pretendemos describir sólo se desarrolla con plenitud en el contexto de un Estado de Derecho, es decir, como función que forma parte de una potestad reconocida por la Constitución (potestad jurisdiccional) y es

---

sentido de precedencia de la jurisdicción respecto al Estado vid. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Jurisdicción, acción y proceso*, Atelier, Barcelona, 2008, págs. 19 y 20).

<sup>9</sup> Evidentemente, las normas jurídicas no son entidades aisladas de la cultura sino que su función ordenadora (deontológica), perteneciente al mundo de lo debido por los hombres y a los hombres en sus relaciones mutuas, lo que exige que a ellos resulten inteligibles en un sentido directivo de sus conductas en sociedad. Esto requiere considerar la dimensión sistémica de las normas que se logra por la articulación de conjuntos de normas en instituciones jurídicas articuladas, a su vez, por su referencia a realidades sociales o culturales inteligibles, lo que permite interpretar las normas desde una perspectiva teleológica. El estudio de la función y razón de ser de un sector del ordenamiento contribuye a aprehender las instituciones que lo integran y a determinar su sentido valorativo y directivo. En este sentido, LARENZ, tratando de establecer la meta de la metodología jurídica, afirma que «La meta cognoscitiva de la Jurisprudencia es el descubrimiento del Derecho vigente aquí y ahora (en sentido normativo) [...] Para ello presupone [la Jurisprudencia] [...] que a esta materia es inherente, hasta cierto punto, un cierto orden interno, que en conjunto puede ser entendido como intento de respuestas concordantes entre sí a problemas jurídicos en cuanto tales. Sin esta presuposición, apenas le queda más que la tarea de coleccionar y registrar —una tarea con la que en ningún momento se ha sentido satisfecha—» (LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994 (traducción de la edición alemana de 1980), pág. 237). Este autor, en otro momento de su obra, analizando el concepto de sistema, afirma (siguiendo la construcción de CANARIS) que «[...] deben distinguirse diferentes conceptos de sistema [...]. Común a todos ellos es únicamente la idea de unidad (en el sentido de uno o más puntos centrales de referencia) y la de orden (en el sentido de una conexión continua, de la compatibilidad lógica de todos los enunciados) [...]» y, todavía siguiendo igualmente al citado autor, que el jurídico «[...] es un sistema como “orden axiológico o teleológico” de criterios valorativos directivos. [...] este sistema es de principios jurídicos, debiendo aquí entenderse el “principio”, en contraposición al “concepto”, como una pauta “abierta”, que precisa ser concretizada —y que sólo en sus concretizaciones es plenamente aprehensible— [...]»; los conceptos jurídicos, por su parte, «son de naturaleza teleológica y que, por ello, en caso de duda, se requiere siempre un retorno a la valoración en ellos contenida, es decir, al principio» (op. cit., págs. 171 y 172).

atribuida a órganos jurisdiccionales pertenecientes a un poder de dicho Estado<sup>10</sup> para ser ejercitada a través de procesos (art. 117 CE) dotados de características específicas (art. 24.2 CE); pero, en todo caso, la función precede al órgano que la ejerce y al poder que éste recibe para ejercitarla. Si bien tal función puede desligarse (tanto histórica como teóricamente) del tipo de órgano al que se atribuye en cada momento y de los poderes concretos que éste recibe del ordenamiento, no puede aislarse de las garantías indispensables para su logro (un sujeto imparcial y un proceso «con todas las garantías»).

Sería ilusorio por nuestra parte querer terciar en la polémica relativa a cual sea la función y razón de ser del proceso ofreciendo en este momento una solución definitiva, siquiera fuese por la vía del sincretismo. Tal solución exigiría, para poder afirmar la superioridad de nuestro intento, una fundamentación exenta de contradicciones y de lagunas explicativas, incluyendo en los términos de la explicación las normas e instituciones procesales penales y las diferentes manifestaciones de la jurisdicción voluntaria. Aspiramos, más modestamente y de forma acorde a la dimensión y finalidad de nuestro estudio, a poner de manifiesto

---

<sup>10</sup> La opción de concebir la jurisdicción como potestad, antes que como función, surge, en nuestra opinión, del legítimo interés por destacar que la función a la que atribuimos este nombre no puede darse con plenitud fuera de la configuración democrática del Estado y, por tanto, integrada en uno de sus poderes, idea con la que, naturalmente, estamos de acuerdo. En este sentido, GÓMEZ DEL CASTILLO afirma que «el examen de nuestra evolución legislativa pone de manifiesto la escisión existente entre la posición resuelta a configurar la jurisdicción como potestad, y algunas tendencias dirigidas a configurarla como función, afortunadamente ya superadas. Como potestad se configuró ya en la Constitución de Cádiz de 1812, desde donde pasó a las Constituciones posteriores, hasta la constitución de 1869, con la única excepción del Estatuto Real de 1834, y, desde aquella, al art. 2 de la Ley Provisional Orgánica del Poder Judicial de 1870 (evolución esta perfectamente explicada por Fairén). Sin embargo, como ya ha sido dicho, frente a la posición expuesta existieron algunos intentos orientados a configurar a la jurisdicción como simple función (Ley Orgánica del Estado de 1967, Proyecto de Ley de Bases Orgánica de la Justicia de 1974) que se han de considerar total y absolutamente superados. [...] en el fondo del problema subyacen determinantes políticos, por cuanto a la concepción de la jurisdicción como función es propia de sistemas autoritarios en los que el Poder tiende a concentrarse en una sola mano, mientras que la concepción de la jurisdicción como potestad es más propia de sistemas liberales en los que el Poder tiende a diversificarse en la triple dirección sentada por Montesquieu» (Gómez del Castillo Gómez, Manuel, «Derecho a un Juez perteneciente al Poder Judicial», en AA. VV. (Saavedra Gallo, coord.), *Sistema de Garantías Procesales*, dijusa, Madrid, 2008, págs. 214 y 215).

Por nuestra parte entendemos que aunque la concepción de la jurisdicción como función parece admitir que tal función pueda ser asumida y ejercitada por un poder autocrático, la propia esencia de la función a que nos referimos contiene entre sus perfiles, como veremos, la exigencia de garantías que sólo el Estado de Derecho puede proporcionar de manera consistente y sistemática y, por consiguiente, plena, integrando la función en uno de los poderes del Estado.

determinados aspectos de la función del proceso civil que fundamentarán, implícita o explícitamente, nuestros ulteriores razonamientos y que ya diferentes doctrinas jurídicas han puesto de relieve (cada una desde presupuestos conceptuales distintos, por lo que somos conscientes de su posible contradicción en un plano de riguroso análisis). Pretendemos que esta tarea nos permita acceder racionalmente (aun cuando sea de forma inacabada) al sentido de las normas procesales y de las instituciones que crean.

Desde nuestro punto de vista, la función jurisdiccional consiste en la realización, ante situaciones concretas y reales (realidades en el sentido de fenómenos, realidades fenomenológicas)<sup>11</sup> y ofreciendo específicas garantías de acierto y eficacia, de aquel orden previsto por las normas jurídicas (el orden jurídico)<sup>12</sup> así como en alcanzar, mediante ésta realización (por estar implícita en su logro), la

---

<sup>11</sup> En este contexto empleamos el término en su sentido etimológico —asumido por la filosofía— como “lo que aparece”, en contraste con la realidad verdadera de los “seres” en sentido trascendente o platónico. En este sentido, se ha afirmado que «El mundo de los fenómenos o apariencias es el mundo de las “meras representaciones” [...]. El mundo de los fenómenos puede ser también descrito como el mundo de las “apariencias” [...] El concepto de fenómeno es, por lo tanto, sumamente equívoco; si, por una parte, puede ser la verdad, lo que es a la vez aparente y evidente, por otra puede ser lo que encubre la verdad, el falso ser, y, finalmente, aquello por lo cual la verdad se manifiesta, el camino hacia lo verdadero. Estas tres nociones suelen presentarse confundidas o, cuando menos, entrelazadas en la historia de la filosofía» (*Voz Fenómeno*, en FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, RBA, Madrid, 2005).

<sup>12</sup> La norma jurídica y su realización o actuación es el punto de referencia fundamental de las teorías que identifican la función de las instituciones procesales con la realización del derecho objetivo. Es la que se ha denominado «concepción procesal objetiva» que explica el proceso como instrumento de concreción, en la vida real, de la declaración genérica que contiene el Derecho objetivo. ARAGONESES ALONSO menciona entre los partidarios de esta noción objetiva a Wach, Schmidt y Langheineken (Aragoneses Alonso, Pedro, *Proceso y Derecho Procesal*, EDERSA, Madrid, 1997, pág. 161) y SERRA DOMÍNGUEZ incluye, además de los dos antecitados, a Betti, Raselli, Santi Romano, Micheli, Liebman, Guillien, De la Charrière y Prieto Castro (SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Jurisdicción, acción y proceso*, 2008, cit., (reproducción de un trabajo original de 1967, pág. 27). La norma se cumple cuando se realizan o acatan las prescripciones o disposiciones de conducta que contiene, la denominada por CHIOVENDA «voluntad de la ley»; para este autor, «La ley, en un sentido amplio, o derecho objetivo, es la manifestación de la voluntad colectiva dirigida a regular la actividad de los ciudadanos o de los órganos públicos» (Chiovenda, Guiuseppe, *Curso de Derecho Procesal Civil*, Harla, México, 1997; 1.ª ed. 1936). En parecido sentido aludía CARNELUTTI a una «promesa de la ley» (Carnelutti, Francesco, *Derecho procesal civil y penal*, Harla, México, 1997). Tras el efecto de tales conductas se vislumbra, como resultado, un orden logrado o esperado reconocido como el «fin que se propone esta voluntad [de la ley]». Dicho fin será doble para CHIOVENDA «a) Proveer a la conservación de los sujetos jurídicos, así como a su organización política (Estado) y de los bienes que se consideran propios de ellos; y b) Regular la atribución de los bienes de la vida a los sujetos jurídicos singulares» (*ídem*).

satisfacción de los intereses personales y subjetivos<sup>13</sup> que el ordenamiento jurídico reconoce y ampara en tales situaciones concretas y reales<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> La referencia a los intereses jurídicos cuya satisfacción se pretende ofrece un referente metajurídico que permite atribuir unidad de sentido a la realización de las normas, pues, en efecto, en torno a cada interés tutelado se articula un complejo de normas que resultan unificadas por su referencia al mismo (así como al interés ajeno que resulta constreñido). Cuando se hace referencia a la «realización del Derecho objetivo» no nos referimos, pues, a la realización aislada de cualesquiera normas sino de aquel conjunto normativo relevante para la tutela del interés esgrimido por las partes (pretensiones y contrapretensiones). Finalmente, la referencia a los intereses como núcleo de la jurisdicción y de la actividad procesal cuenta con apoyo expreso en el art. 24.1 CE (tutela «de sus [de la persona] derechos e intereses legítimos»).

Afirman que el proceso tiene por función la satisfacción jurídica (de intereses), entre otros, BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, (*Teoría del Proceso*, Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2002 (2.<sup>a</sup> ed.; 1.<sup>a</sup> ed., De Palma, 1979), pág. 65 y págs. 201 y sigs.) y FAIRÉN GUILLÉN, Víctor («El proceso como función de satisfacción jurídica», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1969, núm. 1, págs. 1 y sigs.). Por nuestra parte, sin embargo, consideramos erróneo entender, como parecen hacerlo estos autores, que la función de satisfacción de intereses encomendada al Derecho procesal tiene en todo caso como punto de partida una situación de conflicto (o de «insatisfacción») preexistente al proceso. El conflicto o la insatisfacción que resuelve el proceso no son, necesariamente, una realidad previa a la pretensión de tutela. La propia pretensión (en particular la infundada) puede ser la propia fuente del conflicto (sea entendido en un sentido cognoscitivo —siguiendo a BARRIOS DE ÁNGELIS— como duda o incertidumbre que dimana de la pretensión, sea en un sentido material, como el riesgo que dimana para el sujeto que no debe soportar la pretensión infundada) y el proceso sirve entonces para resolver este conflicto proporcionando (mediante el rechazo de la pretensión) satisfacción al interés que la propia pretensión infundada puso en peligro.

<sup>14</sup> ARAGONESES señala que la teoría jurídica subjetiva según la cual «[...] la jurisdicción es la actividad con que el Estado provee a la tutela del Derecho subjetivo, o sea, la reintegración del derecho amenazado o violado», es sostenida por Rocco, Gerber, Gierke, Kisch, Manfredini y Simoncelli. Esta concepción, añade, «[...] es la que tradicionalmente ha concebido a la acción (entendida como derecho subjetivo privado) como el objeto del proceso, bien considerando que la acción constituye sólo una determinada fase del derecho subjetivo o bien que se trata de un nuevo derecho subjetivo» (Aragoneses Alonso, Pedro, *Proceso y Derecho Procesal*, 1997, cit., pág. 59). Tampoco quienes sostienen la perspectiva objetiva prescinden de los derechos subjetivos pues «Todo derecho subjetivo no es sino una voluntad concreta de la ley subjetivada, es decir, considerada desde el punto de vista de aquel que puede pedir su actuación» (ibidem), aunque para esta perspectiva tales intereses son sólo una proyección de la ley que los genera. A este respecto, como expone ARAGONESES: «Rechaza Chiovenda la objeción de Simoncelli, en base al hecho de que el proceso civil se inicia solo a instancia de parte interesada y no de oficio, por lo que el objeto del proceso no es la actuación de la Ley, sino la tutela del interés pretendido, al afirmar que una cosa es la naturaleza de una función, y otra el interés en su desarrollo en el caso concreto. El primer interesado en pedir la actuación de la ley es el particular, aunque sea como tutela de su interés, pero esto no es obstáculo a que lo que él pide sea la actuación de la Ley; del mismo modo que haciendo una comparación vulgar —dice Chiovenda— si yo adquiero una cosa en el comercio, satisfago mi interés, pero el acto del comerciante en sí mismo no se encamina a este fin, sino a los fines generales del comercio» (ibidem, pág. 162). En el mismo sentido, ya PUGLIATTI afirmaba: «Es verdad que el Estado, por medio de sus propios órganos desarrolla su función “sobre todo para la satisfacción de su propio interés de ver actuado el derecho objetivo”; pero la abstracta actuación del derecho objetivo no tiene sentido, y la demanda del acreedor no estimula *sic et simpliciter* al órgano ejecutivo, sino por la actuación de un interés propio de este sujeto para la realización de su propio derecho subjetivo. Se puede decir que el Estado “no es un instrumento materialmente en manos del acreedor, sino un sujeto de derecho, que atiende al impulso

Es cierto que el orden al cual se aspira y los intereses que dicho orden ampara, vienen expresados o proyectados (más propiamente, prescritos) por las normas (de ahí que se hable de un orden *jurídico*), de modo que su realización será, al propio tiempo, realización o cumplimiento del derecho (objetivo), es decir, de la prescripción legal. También es cierto que los intereses amparados por las normas (intereses *jurídicos*) se traducen en posiciones jurídicas subjetivas de sus titulares merced a las normas (derechos y deberes), por lo que su logro o satisfacción equivale a la realización de tales derechos y deberes<sup>15</sup>. No obstante, cuando se señala que la función a desempeñar por un sector del ordenamiento jurídico (y, por ende, de las instituciones que éste construye) es «la realización del derecho» (sea objetivo o subjetivo) y no la realización o satisfacción del orden o intereses que trascienden (o subyacen) a tal derecho, se incurre, en nuestra opinión, en una petición de principio, pues es tanto como decir que la función de una prescripción (la norma, el derecho —objetivo—) es que se cumpla lo prescrito en ella (siendo así que el cumplimiento se haya incluido en el propio concepto de prescripción

---

del interesado, pero actúa ejercitando su propia función y en virtud de un poder que sólo a él pertenece como atributo de la soberanía” (Liebman); pero el impulso tiene como contenido la (petición de intervención para la) tutela de un derecho del interesado» (Pugliatti, Salvatore, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Giuffrè, Milán, 1935, pág. 139).

Sin embargo, la consideración de los destinatarios del derecho y del orden jurídico que éste determina, como sujetos y titulares respectivamente y no sólo como sus meros destinatarios o ejecutores, es, en nuestra opinión, una exigencia (o postulado) para un Estado que sitúa a la persona (y no al propio Estado ni aun a la sociedad) en el centro de su ordenación y donde el fundamento del orden jurídico es no sólo el «respeto a la ley» sino también el respeto a «los derechos de los demás» a cuya tutela está llamado el Estado a través de los Tribunales (arts. 10.1 y 24.1 de la Constitución Española). ALMAGRO NOSETE ha destacado a este respecto que «[...] una concepción personalista de la regulación procesal supone la armónica y justa composición entre los derechos de la persona y las exigencias sociales, pero, sobre todo, la consideración de que la justicia que ha de impartirse no se refiere a órdenes ideales o abstractos del Derecho, inspirados en vagos humanismos, sino a una realidad de cada día que responde a unos intereses concretos, cuyo último destinatario es la persona humana en trance de justificable» (Almagro Nosete, José, *Derecho Procesal*, Tomo I, Volumen Primero, Trivium, Madrid, 1995, pág. 140).

<sup>15</sup> En este sentido, TAPIA FERNÁNDEZ, en referencia al proceso de ejecución, afirma que «la polémica doctrinal entre privatistas y publicistas acerca de si la ejecución forzosa tiene la función de realizar el interés del acreedor, o por el contrario, restablecer el orden jurídico roto por el incumplimiento, entendemos que se trata de dos caras de una misma moneda, dos aspectos de un mismo problema: el proceso sirve al Derecho, y el proceso de ejecución lo sirve específicamente actuando contra el deudor las sanciones derivadas de su comportamiento ilícito, para restablecer el orden jurídico violado, y, en concreto, para restaurar aquella situación anormal producida por el incumplimiento del deudor» (Tapia Fernández, Isabel, *Las condenas no pecuniarias, (ejecución de sentencias de dar, hacer y no hacer)*, Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, Palma de Mallorca, 1982, págs. 13 y 14, nota 7).

como expresión aquello que debe cumplirse) o que la función del poder jurídico de un sujeto (el derecho subjetivo) es la posibilidad de realización de aquello en que dicho poder consiste (siendo así que posibilidad forma parte de la definición del poder jurídico): la función se identifica con el propio concepto. Lo que sí es relevante y, en nuestra opinión, está implícito cuando se afirma que la función del Derecho procesal es la realización del derecho (objetivo o subjetivo) es que tras las normas y las posiciones jurídicas (derechos y deberes) que éstas engendran existe un orden social y unos intereses reales —materiales o espirituales— los cuales proporcionan una dimensión externa a la que referir la norma (el derecho objetivo y subjetivo) y que permiten situar su función fuera de sí (como función de satisfacción o tutela de dicho orden o de dichos intereses)<sup>16</sup>.

Sin perjuicio de lo dicho hasta ahora, siempre cabe considerar que dicho orden social y los intereses que manifiesta son, a su vez, la expresión de los valores propios de una civilización y, por tanto, que la satisfacción de tales valores sea también función Ordenamiento procesal<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> La referencia a los intereses (o al orden social que, objetivamente, representa su logro), por ser una realidad metaprosesal, permite establecer relaciones entre normas correspondientes a diferentes instituciones e, incluso, a diversos sectores del ordenamiento. Afirma en este sentido CHIOVENDA que «[...] la acción nace por el hecho de que aquel que debía conformarse con una voluntad concreta de la ley, que nos garantiza un bien de la vida, ha transgredido esta voluntad, haciendo que busquemos su actuación independientemente de la voluntad del obligado. Aun en estos casos la acción está separada del otro derecho subjetivo (real o personal) derivado de aquella voluntad de la ley; los dos derechos son distintos, *si bien pueden coordinarse en un mismo interés económico* [el subrayado es nuestro]» (Chiovenda, G., *Curso de Derecho Procesal Civil*, 1997 (1936), cit., pág. 13). En este sentido, el interés que había de satisfacer el cumplimiento voluntario del deudor se mantiene una vez producido el incumplimiento, pero ahora el acreedor dispone, merced a una nueva norma, de un nuevo poder jurídico o derecho (acción) cuyo ejercicio le permitirá satisfacer su interés, y así: «[...] mientras el derecho de obligación, aun después del incumplimiento, conserva su tendencia hacia la prestación del obligado, el derecho de acción aspira a la adquisición del bien garantizado por la ley con todos los otros medios posibles; y el proceso, en el que deben desplegarse estos medios, no sirve para obtener el cumplimiento de la obligación, sino para la adquisición del bien garantizado por la ley con todos los medios posibles externos a la obligación, que se manifiesta como instrumento insuficiente. Acción y obligación es todo derecho a una prestación, porque, como hemos visto, todo derecho, absoluto o relativo, tendente a una prestación positiva o negativa, se presenta como obligación en el momento del proceso, son, por lo tanto, dos derechos subjetivos distintos, que solamente unidos cubren la plena voluntad concreta de la ley. La acción no es lo mismo que la obligación, no es el medio para actuar la obligación, no es la obligación en su tendencia a la actuación ni un efecto de la obligación (la acción de condena se extingue con el pronunciamiento de la sentencia definitiva)» (ibídem).

<sup>17</sup> En efecto, la referencia a los intereses o al orden que su satisfacción objetivamente representa para el Ordenamiento como un «orden jurídico» (la *voluntad de la ley* —Chiovenda— o *promesa de la ley* —Carnelutti—), puede, a su vez, ser trascendida en cuanto la suma de satisfacciones

## 1.2. Las garantías para la realización justa del orden y de los intereses jurídicos

La aspiración a un determinado orden social y a la satisfacción de los intereses que éste expresa es función predicable de toda manifestación de lo jurídico y, por tanto, no resalta todavía la característica distintiva de la función jurisdiccional propia del Derecho procesal y de las instituciones que éste regula. En efecto, puede afirmarse que todo sector del Ordenamiento jurídico tiene por función la satisfacción —la tutela— de los intereses que sus normas amparan y la realización del orden que expresan. Basta para ello con comprobar que el resultado final al que se llega con el proceso puede obtenerse muchas veces (aunque no siempre) sin la intervención judicial: por ejemplo, mediante el cumplimiento voluntario de la obligación o a través de distintos mecanismos de auto-tutela<sup>18</sup>.

Creemos que cuando se afirma, sin otros matices, que la función del derecho procesal es la «realización del derecho objetivo», la «satisfacción de derechos subjetivos» o, con más precisión, la «satisfacción jurídica» (de los intereses y del orden social que subyacen al derecho que se realiza) es porque queda sobrentendida la dimensión instrumental del Derecho procesal (y, por ende, de la función jurisdiccional a la que éste está ordenado). En cambio, dicha función instrumental se resalta expresamente cuando se afirma que el Derecho procesal es un «derecho para el derecho»<sup>19</sup>: un derecho (instrumental) en cuya realización o

---

individuales o singulares determinan el logro de valores colectivos que pueden ser considerados función última de la jurisdicción. En este sentido, COUTURE afirma que «La función jurisdiccional en su eficacia, es, pues, un medio de asegurar la necesaria continuidad del derecho. Y el derecho, a su vez, es un medio de acceso a los valores que son, esos sí, los que merecen la tutela del Estado» (Couture, Eduardo J., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Editorial B. de f., Montevideo, 4.ª edición, 2002, (1.ª de 1942), pág. 34).

<sup>18</sup> Para CHIOVENDA: «Acción y obligación [...] son dos derechos subjetivos distintos, que solamente unidos cubren plenamente la voluntad concreta de la ley. La acción no es lo mismo que la obligación, no es el medio para actuar la obligación, no es la obligación en su tendencia a la actuación, ni es un elemento ni una función del derecho de obligación, sino un derecho distinto y autónomo, que nace y puede extinguirse independientemente de la obligación [...] Con esto no se niega que entre obligación y acción haya un estrecho nexo; puesto que ambos se apoyan, como se ha dicho, en la misma voluntad concreta de la ley que garantiza un bien determinado, y tiende a conseguir este mismo bien aunque por caminos y medios distintos. De ahí que, satisfecha una obligación mediante la prestación del obligado, se extinga la acción; y satisfecha la acción con la ejecución forzosa, se extinga la obligación» (Chiovenda, G., *Curso...*, 1997 (1936), cit., págs. 13 y 14).

<sup>19</sup> En este sentido, ALMAGRO afirma que «[...] desde el punto de vista institucional, el Derecho procesal ocupa una posición singular en el ordenamiento jurídico, puesto que se erige en garantía

cumplimiento (función constante de todo derecho) se realiza o cumple (simultánea o sucesivamente) otro derecho (normalmente, el derecho material)<sup>20</sup> lográndose así la satisfacción del orden o interés a que este último aspira. Surge de este modo la peculiaridad de un conjunto de normas (procesales o instrumentales) que amparan, mediante su cumplimiento o realización, un orden jurídico inmediato (procesal) instrumental de otro orden jurídico mediato (material) postulado por otro conjunto normativo (derecho material)<sup>21</sup>.

En el sentido expuesto, la categoría que conocemos como acción concreta se identifica con las posiciones jurídicas subjetivas (amparadas por normas de derecho material) relativas a intereses cuya satisfacción mediata tiene lugar a través del proceso (y sólo a través del proceso: se hallen o no contemplados también tales intereses por otras normas de derecho material); es decir, las acciones son aquellos derechos materiales para los que el derecho procesal es instrumento de satisfacción; dicho de otro modo: sólo desarrollándose el proceso (y mediante el ejercicio de los derechos —y demás posiciones jurídico-procesales— y la satisfacción de los intereses procesales que conllevan), se satisfacen las acciones. Precisamente, el análisis de estos dos tipos de normas puestas en juego en el proceso (las normas relativas a las acciones y las normas instrumentales) dio lugar a la formulación por GOLDSCHMIDT de las categorías de *Derecho justicial material*, relativo a las acciones y *Derecho justicial formal* (para

---

última de su aplicación y efectividad. Puede así afirmarse que el Derecho Procesal es un Derecho para el Derecho o, si se quiere, un Derecho garante del Derecho» (Almagro Nosete, *José, Derecho Procesal, Tomo I, Parte General, Proceso Civil, Vol. I*, Trivium, Madrid, 1995, pág. 33). DELA OLIVA, por su parte, señala que «[...] sería preciso admitir, como punto de partida, que ha debido existir y existe motivo y razón para una distinción dual del Derecho objetivo [...] Si el Derecho procesal es el Derecho de la función jurisdiccional, tiene que ser también, por definición, el conjunto de normas jurídicas dirigidas a tutelar y realizar el Derecho. De manera que habría una clara dualidad: de una parte, el Derecho *para tutelar*, de otra, el Derecho *tutelado*. Claramente un Derecho instrumental de otro Derecho [...]» (De la Oliva Santos, Andrés y Fernández-Ballesteros López, Miguel Ángel, *Derecho Procesal Civil I*, CERA, Madrid, 1995 (4.ª edición), págs. 271 y 272).

<sup>20</sup> Sin perjuicio de que el propio Derecho procesal pueda ser el derecho aplicado mediante instituciones procesales: aun en este caso el Derecho procesal es instrumental, ahora respecto de su propia aplicación.

<sup>21</sup> De modo primario u originario, el derecho material, pero también —secundariamente o de modo derivado— el propio derecho procesal cuando se cuestiona su correcta aplicación y se desdobra entonces (como categoría) en derecho instrumental y derecho “material” a un tiempo.



el autor citado, el Derecho procesal)<sup>22</sup>. En el sentido expuesto, el cumplimiento de las normas procesales no permite, por sí solo, alcanzar el interés amparado por las acciones sino únicamente obtener ventajas o evitar desventajas que mejoren o incrementen las expectativas de cara a su satisfacción, incremento que delimita el interés que de modo inmediato satisfacen las normas procesales.

Sin embargo, tampoco las acciones, aun identificando aquel derecho material (justicial material) para el cual el procesal es «derecho instrumental» (justicial formal), permiten precisar todavía cuál es la aportación específica de las normas procesales, como tal instrumento, al sistema total del ordenamiento jurídico; cuál es su función peculiar en dicho sistema. Esto se ve claramente si consideramos que el carácter instrumental de las normas («derecho para el derecho») no es un fenómeno exclusivo del Derecho procesal<sup>23</sup>. De este modo, se vuelve ineludible,

---

<sup>22</sup> Siguiendo a ARAGONESES «La tesis fundamental de Goldschmidt, [James] [...] parte de la existencia de dos clases de normas: unas, que constituyen el derecho material, y otras, que integran el derecho formal o procesal. El derecho material está constituido, de una parte, por normas dirigidas a los individuos indicándoles directamente cual es el contenido de una relación determinada. Tales normas se encuentran continuamente en el Código civil [...] existe también una norma implícita dirigida a los jueces en el sentido de que si los interesados no cumplen voluntariamente los mandatos contenidos en sus normas, los mismos han de ser impuestos por el órgano jurisdiccional, siempre que se cumplan ciertos requisitos. Atendiendo, pues, al destinatario, Goldschmidt entiende por derecho material de carácter privado el que se dirige a los individuos; por derecho justicial de carácter público, el que se dirige a los jueces. Pero en este último distingue a su vez dos clases de normas: las ya indicadas, de derecho justicial material, y aquellas otras que constituyen también derecho justicial porque se dirigen al Juez, pero que por regular el aspecto formal o de ejercicio las denomina derecho justicial formal. Para este autor, mientras el Derecho procesal es abstracto, constituye una relación secundaria y regula un aspecto formal o de ejercicio, el derecho justicial material reglamenta las posiciones materiales, el contenido material y las causas de extinción materiales de una relación jurídica perteneciente a la Justicia. [...] recogería todas las normas relativas a la pretensión de tutela jurídica dirigida contra el Estado (en la esfera civil) y el Derecho penal para las relaciones de tal carácter» (Aragoneses Alonso, Pedro, *Proceso y Derecho procesal*, 1997, cit., pág. 383; Vid. Goldschmidt, Roberto, *Derecho Justicial Material Civil*, Ejea, Buenos Aires, 1959, traducción de Catalina Grossman sobre la versión alemana de 1905).

<sup>23</sup> BARRIOS DE ÁNGELIS afirma al respecto que «El derecho instrumental comprendería las normas de interpretación e integración, y todas las que regulan la formación de los actos jurídicos [...] abarcaría la mayor parte del derecho constitucional —formación de leyes, reglamentos, actos jurídicos—, del derecho administrativo —funciones, recursos—, del derecho civil —formación de los contratos, interpretaciones, integraciones, definiciones, clasificaciones— y la práctica totalidad del derecho procesal y del derecho internacional privado» (Barrios de Ángelis, Dante, *Teoría del Proceso*, 2002, cit., pág. 90); por su parte, DELA OLIVA, en el mismo sentido, afirma que «[...] son innumerables las normas concebidas como instrumentos de la aplicación y efectividad de otras normas [añadiendo en nota: “Por ejemplo, las relativas a la hipoteca o al cumplimiento de la obligación asegurada”] y, sin embargo, nadie las consideraría procesales ni a unas ni a otras» (De la Oliva Santos, A., *Derecho Procesal Civil I*, 1995, cit., pág. 273).

para comprender teleológica y sistemáticamente las instituciones que regula el Derecho procesal, identificar lo peculiar de la función instrumental de este derecho en la aplicación del derecho material, es decir, los valores (instrumentales) específicos que aporta el Derecho procesal respecto a otros conjuntos de normas instrumentales e incluso frente a la realización voluntaria de la norma o, en general, frente a la realización del orden y de los intereses jurídicos por vías no jurisdiccionales.

En nuestra opinión, lo que caracteriza tal función son las garantías específicas que el ordenamiento procesal proporciona para realización del orden jurídico previsto en las normas materiales y para la satisfacción de los intereses correspondientes amparados por las posiciones jurídicas que engendran. Sin perjuicio de su ulterior precisión, tales garantías se pueden sintetizar en la garantía de imparcialidad en la aplicación (que se concreta en la intervención de un tercero —el tribunal— ajeno a los intereses articulados por las normas materiales pertenecientes a otros sujetos intervinientes —las partes— quienes solicitan la aplicación del derecho a partir de su propio y subjetivo interés), la garantía de conflictividad (que se concreta en la consideración de lo solicitado por las partes —pretensión— como origen de una incertidumbre o incógnita susceptible de una cognición que permita dilucidar la pertinencia de lo solicitado); la garantía de contradicción (que se concreta en oportunidad dada a las partes para acceder en condiciones de igualdad a la formación de la convicción del tribunal) y la garantía de eficacia (que se satisface con el efecto jurídico —cosa juzgada, ejecutividad, ejecutoriedad, sustitución y coerción— que la intervención del tribunal produce sobre la realidad jurídica controvertida)<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> En este sentido, GÓMEZ DEL CASTILLO, partiendo de una concepción de la jurisdicción como potestad, afirma que «autoridad e imparcialidad, verdad y justicia, son notas inherentes a la potestad jurisdiccional; es más, son notas suficientes para lograr la individualización o concreción de la jurisdicción frente a otras potestades estatales [...] es precisamente ese “reconocimiento social”, del carácter verdadero y justo de la resolución jurisdiccional, el que está ausente en las resoluciones emanadas de otras potestades estatales, lo que se pone de manifiesto al enfrentar el carácter revocable de las citadas resoluciones con el carácter irrevocable (en otra vía) de las resoluciones jurisdiccionales» (Gómez del Castillo Gómez, M., «Derecho a un Juez perteneciente al Poder Judicial», 2008, cit., pág. 216).

Todas estas garantías se construyen en torno a dos instituciones jurídicas, el tribunal<sup>25</sup> y el proceso<sup>26</sup>.

Si el Derecho procesal responde a una específica función asumida por el Estado (la jurisdicción) respecto de la aplicación del derecho (material o justicial material: las acciones) es porque el cumplimiento de sus normas (las procesales: derecho justicial formal) contribuye a realizar el derecho (en principio, el derecho material pero también, cuando es necesario, el propio derecho procesal)<sup>27</sup> de una manera peculiar y única: ofreciendo garantías instrumentales que favorecen la mayor probabilidad racional de realización acertada de tal derecho (suma de acierto y eficacia en su aplicación); esto es, garantías de adecuación entre el orden (o juego de intereses) proyectado por la norma y aquel verdaderamente verificado en la vida<sup>28</sup>. Dicho de otra forma, las normas procesales, al desarrollarse el proceso en

---

<sup>25</sup> Ya CALAMANDREI señalaba que «La idea fundamental que se encuentra en los más remotos albores de la civilización, y que constituye el germen de todos los institutos judiciales posteriores, es la siguiente: que para alcanzar una pacífica solución del conflicto, es necesario sustraerlo de las partes y confiar su decisión a un tercero extraño al conflicto, que por estar desinteresado pueda ser imparcial» y añade que: «no se debe creer que este tercero imparcial, que se interpone entre los sujetos del conflicto, sea originariamente el mismo Estado, como un órgano suyo con carácter de Juez público. En un principio, el Estado se limita a favorecer y a disciplinar el uso del arbitraje [...]» (Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho procesal civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, De Palma, Buenos Aires, 1943, pág. 148).

<sup>26</sup> Según DELA OLIVA, «La función jurisdiccional se manifiesta y cumple mediante procesos. Más aún, no es imaginable sin procesos [...] La relación Jurisdicción-Proceso es la que guarda la función con su instrumento esencial» (De la Oliva Santos, A., *Derecho Procesal Civil I*, 1995, cit. pág. 126). Para COUTURE «La idea de un debido proceso se halla de tal modo adscrita al concepto mismo de jurisdicción que buena parte de las vacilaciones de la doctrina provienen, como se ha dicho, de concebir como términos idénticos, jurisdicción y proceso» (Couture, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 2002 (1942), cit. pág. 35). Por su parte, MONTERO AROCA, aun concibiendo la jurisdicción, ante todo, como potestad (no sólo como función), considera que ésta, para existir como tal, «tiene que referirse a un doble juego de condiciones: 1.<sup>a</sup>) Los órganos a los que se atribuye la potestad no pueden ser cualesquiera, sino que han de estar revestidos de una serie de cualidades propias que los distinguen de los demás órganos del Estado; estos órganos son los juzgados y tribunales, en los que los titulares de la potestad son los jueces y magistrados. 2.<sup>a</sup>) La función que se asigna a estos órganos cualifica también a la potestad; [...]» (Montero Aroca, Juan; en AA. VV., *Derecho Jurisdiccional. I. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 36).

<sup>27</sup> Como señala DELA OLIVA, la misma distinción es relativa pues «[...] existe sólo en el momento dinámico de la actividad jurisdiccional. Cuando la función jurisdiccional se está ejerciendo, cuando la Jurisdicción está en marcha, siempre hay un Derecho que sirve para tutelar otro derecho que debe ser tutelado, incluso si el Derecho tutelado o tutelable es, en muchas ocasiones, Derecho para tutelar (*id est*, incluso cuando en el proceso jurisdiccional se ventila la aplicación y efectividad de las normas procesales» (De la Oliva Santos, A., *Derecho Procesal Civil I*, 1995, cit., pág. 272).

<sup>28</sup> Estas normas procesales exigen conductas que, como cualquier norma, tutelan o satisfacen,

sus distintas fases desplegando las garantías que le son propias, determinan la realización un orden jurídico (procesal) y de unos intereses jurídicos (igualmente procesales), de naturaleza instrumental y claudicante (limitados al proceso) pero tras los cuales (aunque sea al final del proceso y ya, en gran parte, fuera del mismo) se encuentra la realización justa, en cuanto acertada y eficaz, del orden jurídico y de los intereses que ampara, ahora con carácter definitivo, el derecho material<sup>29</sup>. El Derecho procesal proporciona pues (tal es su función inmediata) a

---

con su realización o cumplimiento, específicos intereses subjetivos y un determinado orden intersubjetivo, pero tales intereses y dicho orden son meramente instrumentales (subordinados, dependientes o provisionales) respecto de otros intereses subjetivos y de otro orden intersubjetivo de naturaleza definitiva (autónoma, y permanente) que figura durante el proceso como orden meramente postulado, y que está amparado por otro conjunto normativo (las normas del denominado *Derecho material* y *justicial material*). De este modo, satisfaciendo intereses provisionales (efímeros) e instrumentales (carentes de significado en sí mismos considerados): a actuar en juicio (mediante alegaciones, pruebas, recursos...) y a obtener una determinada actuación jurisdiccional, se puede acceder a la realización del interés ulterior (Derecho material y justicial material) al que se aspira. Estos derechos instrumentales son los que están bajo el amparo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

<sup>29</sup> Para FERRAJOLI, «es esta fundación sobre la verdad —aunque sea un sentido inevitablemente relativo, por el carácter opinable de la interpretación judicial y, por tanto de la verdad jurídica, y en cualquier caso, por el carácter probabilista de la inducción probatoria de la verdad fáctica— la fuente de legitimación específica de la jurisdicción, que justifica su independencia en un Estado de derecho. A diferencia de cualquier otra actividad jurídica, la actividad jurisdiccional en el Estado de derecho es una actividad cognoscitiva además de práctica or prescriptiva; o mejor, es una actividad prescriptiva que tiene como necesaria justificación una motivación en todo o en parte cognoscitiva», (Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2008, pág. 68); TARUFFO, siguiendo a Ferrajoli, destaca«[...] el fuerte énfasis de Ferrajoli en que la función esencial de la jurisdicción es la afirmación y la aplicación de la ley sustantiva y, por tanto, de la correcta aplicación de la ley como condición esencial de la justicia de las decisiones, debe tomarse en muy seria consideración. Cuando se trata de asegurar la implementación de los derechos fundamentales, pero también cuando se trata de determinar cualquier otra situación jurídica, la idea de que se hace justicia llevando a cabo un procedimiento *fair*, pero no asegurando la correcta aplicación de la ley, debería resultar al menos curiosa. [...] el problema puede ser formulado en estos términos: ¿estamos dispuestos a considerar justo un proceso que no asegure la obtención de decisiones justas? Según la concepción más difundida, pero también más banal y repetitiva, para la que el proceso es justo si asegura las garantías previstas como tutela de las partes, la respuesta puede ser positiva: si la calidad de la decisión no se considera relevante, y la justicia del proceso se valora sin tomar en cuenta los resultados que se obtienen, está claro que un proceso puede ser justo (en el sentido ya mencionado de la *procedural justice*) aunque no asegure la justicia de las decisiones que produce. Se puede decir también —como dicen muchos sin preocuparse de la circularidad del argumento— que es justa en cualquier caso la decisión que deriva de un proceso justo» (Taruffo, Michele, «Leyendo a Ferrajoli: Consideraciones sobre la Jurisdicción [...] La concepción que parece más sensata es, en cambio, la que lleva a una respuesta negativa a la pregunta formulada: [...] un proceso no es justo si no está estructuralmente orientado a la búsqueda y al descubrimiento de la verdad», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31 (2008), págs. 386 a 388). No obstante, para FERRAJOLI «la jurisdicción consiste siempre en la aplicación de normas secundarias a la inobservancia constada de las normas primarias» (Ferrajoli, Luigi, *Pricipia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho.*, Trotta, Madrid, 2011, pág 833);

las partes y al tribunal (subjektivamente, mediante el reconocimiento de distintas posiciones jurídicas) pero también al sistema jurídico en su conjunto (objetivamente) garantías construidas y consolidadas históricamente que «aseguran» el acierto y la eficacia de la realización del derecho material (realización que es su fin mediato): el derecho procesal se manifiesta entonces como un sistema de garantías. Tal sistema ha sido considerado un avance indudable de la civilización<sup>30</sup>.

El avance civilizador representado por el sistema procesal ha sido consolidado en el modelo del Estado social y democrático de Derecho configurando uno de sus poderes con la función de servir a tal sistema de garantías que proporciona (art. 117 y sigs. CE) y atribuyendo al ciudadano derechos públicos subjetivos (protegidos de forma directa por el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo) a gozar de tal orden jurídico instrumental (satisfactivo de intereses igualmente instrumentales) en cuya realización esté la garantía de realización acertada y eficaz del resto del resto orden jurídico (y de la satisfacción del resto de intereses) expresados por el ordenamiento; es decir, consagrando como derecho fundamental el derecho a que la realización y satisfacción mediata del ordenamiento pueda ser valorada como verdadera «tutela», que dicha tutela sea,

---

con ello deja fuera la tutela mero declarativa y constitutiva que no siempre son aplicación de normas secundarias sino realización garantista de las primarias.

<sup>30</sup> DE LA OLIVA sostiene que la tutela obtenida a través de las normas del Derecho procesal es un triunfo de la civilización: «Que exista hoy Jurisdicción; que, concebida como función jurídica, esté entregada a unos entes de la forma de organización denominada Estado (aunque haya órganos jurisdiccionales supraestatales); que la función jurisdiccional se desarrolle mediante una serie de actos de distintos sujetos (del órgano jurisdiccional y de los sujetos jurídicos interesados y afectados por el pronunciamiento final de ese órgano), es decir, mediante un instrumento esencial llamado proceso; todo eso es el fruto de un esfuerzo humano excelente, es la conquista de la civilización —así hemos de esforzarnos para que se pueda seguir considerando sin provocar sonrisas maliciosas o amargas— consistente en la supresión del tomarse la justicia por propia mano y en su sustitución por la administración de justicia a cargo de tercero o de terceros imparciales, independientes y objetivamente desinteresados (órganos jurisdiccionales) por medio de una serie o sucesión de actos jurídicos diversos (proceso)» (De la Oliva Santos, A., *Derecho Procesal Civil I*, 1995, cit., pág. 24). ALCALÁ-ZAMORA, en un sentido algo más matizado, contrastando autotutela, autocomposición y proceso, señala que «[...] el proceso, al encomendar la solución del conflicto a un tercero imparcial; al vincular la jurisdicción con el Estado, para asegurar la observancia de sus decisiones, y al instaurar un régimen de enjuiciamiento que garantice la mejor defensa de las enfrentadas posiciones en litigio, representa la fórmula más progresiva de las tres» (Alcalá-Zamora Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, México, 1970 (2.<sup>a</sup> ed.; 1.<sup>a</sup> de 1947), pág. 32).

además, «efectiva» (art. 24.1 CE) y que (como sustrato de lo anterior) tenga lugar «con todas las garantías», algunas de las cuales se especifican (art. 24.2 CE).

Cuando la Constitución reconoce el derecho fundamental a la tutela por los tribunales (art. 24.1 CE) lo que está reconociendo no es (o no es sólo) el poder jurídico de cada ciudadano a exigir del Estado la realización (por así decirlo, «de cualquier manera») de la porción del Ordenamiento jurídico relevante para sus intereses (exigencia en todo caso implícita en el Estado de Derecho que asegura el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular, —tal como expresa el preámbulo de nuestra Constitución—) sino el poder de exigir del Estado unas garantías específicas de acierto y eficacia (es decir, una «tutela efectiva») en el desarrollo de la tal actividad de aplicación del derecho; el estado está obligado, para ello, a regular un orden jurídico procesal que contemple la actuación de tribunales imparciales (art. 117.1 CE) a través de procesos «con todas las garantías» (art. 24.2 y 117.3 CE).

Con lo expuesto creemos coincidir con lo expuesto por aquella corriente doctrinal —el garantismo procesal—<sup>31</sup> que concibe el Derecho procesal como aquel derecho que materializa las garantías constitucionales necesarias para una aplicación del orden jurídico que pueda calificarse de acertada y eficaz al asegurar la máxima adecuación entre el orden jurídico proyectado deontológicamente por las normas de un sistema jurídico y su materialización en la realidad (plano de la ontología o, cuando menos, de la fenomenología). Dicho de otro modo, el derecho procesal es aquel que para alcanzar el orden jurídico amparado por las normas y los intereses que este orden refleja (como posiciones jurídicas protegidas: los «derechos e intereses legítimos» a que alude el art. 24.1 CE) asegura una aplicación «de calidad» (una «tutela efectiva»)<sup>32</sup>, regulando una actividad (el

---

<sup>31</sup> «El ejercicio de la función jurisdiccional a través del Derecho procesal implica básicamente un sistema de garantías constitucionales que se proyecta a través del llamado proceso de la función jurisdiccional. Es el garantismo procesal» (LORCA NAVARRETE, «El Derecho Procesal como sistema de garantías», *La Ley*, núm. 5933 (15 de enero de 2004), pág. 2).

<sup>32</sup> No obstante, tales garantías no surgen históricamente con la Constitución y puede hablarse de un sistema de garantías preexistente que la Constitución dota del máximo rango. Según LORCA NAVARRETE: «[...] la garantía o garantías que a los ciudadanos oferta la Constitución, por una serie de factores que no vienen al caso, es o son nuevas, no tanto porque desde la perspectiva procesal no existieran que sí existían, aunque en ocasiones en situación de claro abandono, sino porque por

proceso) regida por garantías (consagradas y descritas por la Constitución en los arts. 24.2 CE y 117). En el sentido expuesto, afirma LORCA NAVARRETE que «El Derecho procesal surge regulando jurídicamente el ejercicio de la función jurisdiccional y, desde esa perspectiva, se sitúa, no tan sólo como un mero instrumento jurisdiccional atemporal, acrítico y mecanicista sino, ante todo, como un sistema de garantías, que posibilita la rotunda aplicación del art. 24 de la Constitución, en orden a lograr la tutela judicial efectiva y básicamente ordenando alcanzar un enjuiciamiento en justicia»<sup>33</sup>.

Como ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones, el derecho fundamental a obtener la realización del orden jurídico a través de las garantías que aporta el Derecho procesal no alcanza al resultado final del proceso. Es decir, el resultado del proceso puede no favorecer a quien se dirige a los tribunales sin que por ello el Derecho procesal o el proceso deban considerarse fracasados en su función o pueda hablarse de ineficacia de la tutela. Que se satisfaga o no la pretensión de satisfacción jurídica dependerá de la apreciación por el tribunal de la existencia del derecho o interés legítimo invocado (amparado o no por un derecho material, por una acción concreta). De lo que responde el derecho procesal (y lo que mide el éxito o fracaso —este último como incumplimiento con relevancia constitucional— de la función que asume) es del

---

desgracia una Constitución y, además, democrática, sólo hasta época muy reciente se ha tenido ocasión de asumir. Por consiguiente, se trata de una novedad condicionada históricamente, pero que no por ser tardía, no deja de tener una indudable importancia desde el plano procesal» (LORCA NAVARRETE, Antonio María, *El problema de la Administración de Justicia*, 1996 (reimpresión de la obra de 1989), cit., pág. 17).

<sup>33</sup> LORCA NAVARRETE, Antonio M., «El Derecho Procesal como sistema de garantías», cit., pág. 1. En un sentido más amplio, sostiene FERRAJOLI que «el garantismo, [...], es la otra cara del constitucionalismo, en tanto le corresponde la elaboración y la implementación de las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos» (Ferrajoli, Luigi, «Sobre los derechos fundamentales», en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 15, 2006, UNAM, México. págs 115) siendo así que «la interpretación judicial es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez, junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas. [...] interpretación de la ley conforme a la Constitución y, cuando el contraste resulta insanable, deber del juez de cuestionar la validez constitución; y, por tanto, nunca sujeción a la ley de tipo acrítico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la Constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su reinterpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad» (Ferrajoli, Luigi, «El derecho como sistema de garantías», *Jueces para la Democracia: Información y Debate*, núm. 16, febrero de 1992, pág. 66.

correcto régimen, implementación y desarrollo de las garantías que permitan al tribunal proporcionar, con la máxima probabilidad (nunca certeza) de acierto y eficacia, el orden debido para el caso concreto y la satisfacción de los intereses que ampara, sean los postulados por el demandante (afirmando una acción mediante su pretensión), sean los postulados por el demandado (afirmando su acción como derecho a ser absuelto: carácter bifronte de la acción)<sup>34</sup>. Es el derecho al desarrollo de todas las garantías procesales implícitas en las posiciones jurídicas del tribunal (que debe aplicar el derecho con imparcialidad, racionalidad y eficacia) y de las partes (que deben poder contribuir a la conformación de la voluntad de aquél), lo que integra un derecho de rango constitucional (dimensión abstracta de la acción) consagrado constitucionalmente en el artículo 24 CE.

### 1.3. La «justicia» como expresión sintética de la función jurisdiccional

El concepto de «justicia» se ha empleado en ocasiones para expresar el resultado que puede alcanzarse a través de las garantías ínsitas en el desarrollo del proceso y en la intervención de los Tribunales a través del mismo. En este contexto, «justicia» no es otra cosa que la probabilidad de ajuste<sup>35</sup> entre el *ser* y el *deber ser* normativo<sup>36</sup> que se puede alcanzar merced a los instrumentos de garantía que

---

<sup>34</sup> Afirma CHIOVENDA: «El derecho de pedir la actuación de la voluntad negativa de la ley, derecho que corresponde al demandado por el solo hecho de haber sido citado en juicio mediante demanda infundada. Si el actor desiste, renunciando a continuar el juicio, el demandado puede pedir la declaración negativa respecto de la demanda [...]; si Ticio me pide en juicio 100 que no le debo, él no ofende ningún derecho mío; pero yo tengo interés de no pagar y de no ser considerado deudor de 100; tengo, por tanto, derecho de pedir que se declare que Ticio no es acreedor de 100; este poder es una pura acción» (Chiovenda, G., *Curso...*, 1997 (1936), cit., pág. 14). Esta idea tampoco está lejos de COUTURE cuando afirma que «Contemplando el mismo proceso desde el punto de vista del demandado, su carácter privado se presenta todavía más acentuado que desde el punto de vista del actor. Configurado como una garantía individual, el proceso (civil o penal) ampara al individuo y lo defiende del abuso de la autoridad del juez, de la prepotencia de los acreedores o de la saña de los perseguidores. No puede pedirse una tutela más directa y eficaz del individuo. Difícilmente se puede concebir un amparo de la condición individual más eficaz que éste» (Couture, E. J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 2002 (1942), cit., pág. 119).

<sup>35</sup> Para KELSEN la justicia «[...] se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad» (Kelsen, Hans, *¿Qué es la Justicia?*, Ariel, Barcelona, 1991, págs. 35 a 63).

<sup>36</sup> No obstante, el ajuste nunca podrá ser perfecto: habrá sentencias (y ejecuciones) injustas e incumplimientos que queden sin sanción. Lo que se puede exigir del proceso (como proceso que debe ser justo: art. 24.2 CE) es que sea adecuado desde un punto de vista epistemológico: idóneo *a priori* para resolver con acierto la aplicación del derecho que se le requiere, de ahí, como veremos, la



regulan las normas procesales<sup>37</sup>. El resultado del proceso, por haberse desarrollado mediante las garantías mencionadas (sólo en este caso pero “solo por ello”), puede calificarse como realización de la «justicia». Esta idea de actuación garantista está comprendida en la expresión «impartir justicia» o «administrar justicia» aplicable exclusivamente a una actuación regida por el Derecho procesal. La jurisdicción puede ser definida, en este sentido, como la función de «hacer justicia».

No se debe olvidar, sin embargo, que tras el «orden jurídico», cuya correcta o «justa» aplicación (es decir, mediante las debidas garantías) asume el Estado como jurisdicción, deben subyacer el resto de los valores que el Estado social y democrático codifica como derechos fundamentales y aspira a realizar con su Ordenamiento y que son expresión de una «justicia» entendida ahora en un sentido más amplio, exigencia para el conjunto de poderes del Estado y, hasta cierto punto, exigencia para el conjunto de la sociedad. Es, en este segundo sentido, que tanto las normas jurídicas generales creadas por el legislador como la acción de gobierno o la actividad de la Administración deben ser justas, lo que exigirá su adecuación a los valores consagrados constitucionalmente —mediante derechos fundamentales—, sea en forma de reglas o de principios.

---

necesidad de responder a determinados principios que lo garanticen. Tales garantías son aun más relevantes para las teorías monistas que, en palabras de RAMOS MÉNDEZ, «[...] reducen los dos términos del problema derecho/proceso a uno sólo, a la experiencia procesal del derecho. El derecho no es algo preexistente al proceso, sino que surge del proceso, creado caso por caso gracias a la dinámica conjunta de la acción y de la jurisdicción. Antes del proceso puede haber una relación de tipo económico o de cualquier otro tipo, pero una experiencia jurídica sólo se obtiene a lo largo del proceso, mediante la sentencia que pone fin al litigio» (Ramos Méndez, Francisco, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, J. M. Bosch, 1992 (5.ª ed.; 1.ª de 1980), pág. 8).

<sup>37</sup> En este sentido, GELSI BIDART afirma que «[...] el proceso nace como respuesta o vía propuesta por la ley, para determinar la solución justa (según el orden jurídico vigente) de un conflicto planteado entre partes» (Gelsi Bidart, «Proceso y época de cambio», separata de la *Revista de Estudios Procesales*, n.º 19 (1974), Rosario, Argentina, pp. 35 y sigs.). No puede olvidarse, sin embargo, que esta búsqueda instrumental de la justicia ha sido considerada objetivo de diversos conjuntos normativos e instituciones jurídicas diversas. El proceso no sería sino una peculiar forma (dotada de las máximas garantías) de obtención de la justicia (instrumental). Una clasificación de las diferentes formas de «justicia» es la elaborada por WERNER GOLDSCHMIDT, «[...] el ejercicio de la Justicia consiste en el reparto de todos los objetos susceptibles del mismo, por personas autorizadas entre todos y cada uno de los receptores de determinada forma y según ciertos criterios que se refieren a los hombres como repartidores y receptores, a los objetos del reparto y a la forma adecuada de realizarlo» (Goldschmidt, Werner, *La ciencia de la Justicia (Dikelogía)*, Aguilar; Madrid, 1958, pág. 107). En esta misma corriente, ARAGONESES señala que «[...] el proceso judicial se caracteriza por ser *una forma* [el subrayado es nuestro] coactiva e “imparcial” de un reparto justo» (Aragoneses Alonso, P., *Proceso y Derecho procesal*, 1997, cit., pág. 127).

Este segundo sentido de la dimensión constitucional de la justicia es también relevante para el Derecho procesal, pues la actividad de interpretación de las normas realizada en el seno del proceso por los tribunales deberá ser conforme a los tales valores —consagrados por derechos fundamentales— (arts. 9, 10.2 y 53 CE), lo que comprende tanto las normas materiales que aplica como las propias normas procesales por medio de las que aplica las anteriores, constituyendo tal exigencia interpretativa una garantía procesal específica del derecho procesal en un Estado social y democrático de Derecho; garantía que se expresa y canaliza, muy señaladamente, a través de los principios de derecho material y de proporcionalidad<sup>38</sup>.

El valor “simbólico” o sintético que expresa el concepto de «justicia» aplicado a la jurisdicción, se muestra de modo transparente en el Título VI de nuestra Constitución, que, encabezado con la rúbrica «Del Poder Judicial» y regulador de la jurisdicción como función estatal encomendada a dicho Poder, arranca, precisamente, con una referencia a la justicia afirmando que ésta «[...] emana del pueblo y se administra en nombre del rey por Jueces y Magistrados [...]» (art. 117.1 CE). En esta misma línea, la Exposición de Motivos de la LEC 1/2000 afirma en su párrafo segundo que «[...] justicia civil efectiva significa, por consustancial al concepto de Justicia, plenitud de garantías procesales». En nuestra opinión, la virtud propia de las garantías aportadas por el proceso (el logro de la «justicia»), es la que determina su asunción por el Estado como función propia (jurisdicción) y no a la inversa, esto es, que no es bastante para que el proceso cumpla con la función que se le exige (la jurisdicción) que el Estado intervenga a través de un órgano estatal (tribunal) ni quiera que lo haga con un procedimiento estandarizado (uno cualquiera) si en él no se reúnen garantías de acierto y eficacia.

## **2. Razón de ser de la jurisdicción y del proceso**

Como acabamos de afirmar, la función del Derecho procesal y, por ende, de las instituciones que regula, es la realización de la justicia entendida como la

---

<sup>38</sup> Del que nos ocuparemos más detenidamente en el capítulo siguiente.

posibilidad de realización correcta (acertada) y real (eficaz) de un orden jurídico que reconozca, respete y proteja los derechos fundamentales de los ciudadanos. Tal función queda, por tanto, inextricablemente ligada e identificada, con el desarrollo por la regulación procesal de un conjunto de garantías cuya puesta en juego proporcione las condiciones para hacerla posible.

Las mencionadas garantías son producto de un desarrollo histórico y, por ello, son siempre contingentes en cierta medida; sin embargo, pueden ponerse en relación con las circunstancias reales (entendidas en sentido fenomenológico y metajurídico) ante las que se desarrolla la aplicación del derecho para medir su verdadero valor como garantías apropiadas para la función jurisdiccional a la que sirven. Es decir, sin analizar la contingencia o necesidad de las distintas garantías articuladas por el Derecho procesal para la realización de la justicia no podremos señalar cuáles de ellas constituyen las señas de identidad del mismo<sup>39</sup>, cuales son exigidas por la clausula constitucional del proceso «con todas las garantías»<sup>40</sup>. Dicho de otro modo: se trata de preguntarnos por la *razón de ser* del proceso e identificar aquel factor metajurídico que condiciona y, por ello, explica o justifica las características o garantías del «proceso justo» consagrado constitucionalmente, del proceso como instrumento de la justicia<sup>41</sup>. Esta cuestión resulta de un particular interés en nuestra

---

<sup>39</sup> En este sentido, ARAGONESES afirma que «Determinar por la función jurisdiccional el proceso es encerrarse en un círculo vicioso. Porque el proceso responde a una necesidad social, y la jurisdicción es una estructura para satisfacer tal necesidad social, cuya debida organización depende de criterios positivos» (Aragoneses Alonso, Pedro, *Proceso y Derecho Procesal*, 1997, cit., pág. 129).

<sup>40</sup> Que no es un tipo de proceso sino el único proceso posible. No existe un «proceso sin todas las garantías»: sería un semi-proceso o, sin más, no sería proceso.

<sup>41</sup> Esta razón metajurídica es identificada por ALCALÁ ZAMORA con el conflicto, entendido éste, al modo como lo hizo CARNELUTTI, como conflicto de intereses, preexistente, pues, al propio proceso. Sin perjuicio de ulteriores discrepancias, estamos de acuerdo con esta postura en su postulado metodológico básico: hay que buscar el sentido del proceso fuera de sí mismo. En este sentido, ALCALÁ ZAMORA afirmaba que «Es evidente, so pena de encerrarnos en un círculo vicioso, que el proceso no surge del proceso, sino de una situación extra y meta procesal, que él está llamado a canalizar y resolver. Esa situación de conflicto, originadora del proceso, puede ser denominada litigio, entendida la palabra en la misma dirección que CARNELUTTI [...]» (Alcalá-Zamora Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 3.ª ed., UNAM, México, 1991 (3.ª ed.; 1.ª de 1947), págs. 12 y 13). Pero aunque estamos de acuerdo con la exigencia de que el proceso «no se encierre en sí mismo» y busque su justificación fuera de sí, no lo estamos en que este motivo resida en el conflicto «metajurídico» y preprocesal. En nuestra opinión, este conflicto no sólo no es necesario para explicar el proceso (puede no existir tal conflicto y desarrollarse proceso sobre la base de pretensiones infundadas), sino que es irrelevante para justificar las específicas garantías que identifican el proceso. Por una parte, el pretendido conflicto metajurídico, que exige y explica el proceso (de ahí su

investigación, pues en el siguiente capítulo deberemos analizar la presencia (y peculiaridades) de tales factores reales o metajurídicos en la aplicación del derecho a través del proceso de ejecución, de modo que, constatada su presencia, se podrá afirmar la necesidad de las mismas o parecidas garantías de imparcialidad, conflictividad, contradicción y eficacia que se predicán con rotundidad y sin fisuras doctrinales en el proceso de declaración.

Según nuestro punto de vista, la razón metajurídica que permite explicar o dar razón de las garantías ofrecidas por las normas procesales proviene de la propia naturaleza deontológica de las normas jurídicas que, en cuanto tales, exigen (y prometen) el paso desde su enunciado prescriptivo, de carácter abstracto e ideal a realidades concretas y tangibles, a *fenómenos* (es decir, el paso de la abstracción de la norma a la concreción de la realidad normada). Trataremos de dar cuenta de esta afirmación en los párrafos que siguen<sup>42</sup>.

---

calificación como razón de ser del mismo) es, para nosotros, un resultado de la propia pretensión (y no, necesariamente, una realidad previa al proceso), un conflicto *cognoscitivo* o epistemológico, exigido (un artificio, si se quiere) para la aplicación garantista del Derecho: la perspectiva litigiosa con que es considerada —o puede llegar a serlo— la pretensión ya es, *per se*, una garantía procesal. El proceso se puede concebir como el despliegue de las garantías precisas para acreditar (ante tal duda o cuestión) la existencia, extensión, significado y resolución del conflicto alegado en la pretensión. La garantía de aplicación justa del Derecho ante una pretensión basta para explicar el sentido o función del proceso aun si, finalmente, la acción o el conflicto preexistente alegado en la pretensión fuera pura fantasía. En este sentido, seguimos a CHIOVENDA, para quien «El derecho de pedir la actuación de la voluntad negativa de la ley, [...] corresponde al demandado por el solo hecho de haber sido citado en juicio mediante demanda infundada. Si el actor desiste, renunciando a continuar el juicio, el demandado puede pedir la declaración negativa respecto de la demanda [...]; si Ticio me pide en juicio 100 que no le debo, él no ofende ningún derecho mío; pero yo tengo interés de no pagar y de no ser considerado deudor de 100; tengo, por tanto, *derecho de pedir que se declare que Ticio no es acreedor de 100; este poder es una pura acción* [el subrayado es nuestro]» (Chiovenda, G., *Curso...*, 1997 (1936), cit., pág. 14).

<sup>42</sup> La descripción efectuada responde claramente al contenido de las normas de mandato. Las normas (o enunciados normativos) que confieren poderes, establecen las condiciones para el cambio jurídico o determinan la validez de la producción de normas están, sin embargo, íntimamente relacionadas con aquellas en diferentes formas cuyo análisis escapa de nuestros propósitos, ahora limitados, tal como hemos anunciado, a exponer los elementos del funcionamiento del sistema jurídico que permitan explicar la función jurisdiccional y los instrumentos que la sirven y, muy en particular, la ejecución forzosa, tan íntimamente ligada al incumplimiento de normas de mandato o prohibición. Para, ALEXY los enunciados normativos que otorgan poderes son también normas relativas a la conducta o al deber ser (deontología), pero no así los que denomina “enunciados de validez normativa” que hacen afirmaciones sobre el propio ser del sistema normativo (Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, págs. 47 a 62).

En efecto, el «deber ser» previsto (prescrito) por las normas tutela intereses dignos de satisfacción y postula un determinado orden social mediante la descripción de las conductas posibles o debidas para que dicho orden y satisfacción puedan ser alcanzados. Tal descripción se realiza en sus presupuestos y alcance normativo (supuesto de hecho y consecuencia jurídica) con rasgos de generalidad y abstracción, de suerte que las normas hacen referencia a personas y situaciones potenciales identificadas de manera ideal, genérica o abstracta<sup>43</sup>. Pero las prescripciones normativas sólo cumplen su función ordenadora una vez que su referencia abstracta o con rasgos de generalidad es reconocida en situaciones concretas y reales (identificadas según los rasgos descritos abstractamente por la norma) y, en su caso, la prescripción así identificada resulta asumida por sus destinatarios o materializada<sup>44</sup>. La realización en lo concreto y real (el ser o fenómeno de la filosofía) del orden previsto por las normas (deontología) se suele denominar aplicación o realización del Derecho y, en cuanto a ella va unida la realización del orden social y del interés amparado por la norma, se la puede también denominar satisfacción jurídica (de intereses).

El paso del «deber ser» al «ser» (de la prescripción al cumplimiento, de la realidad para la deontología a la realidad para la fenomenología, de la «promesa» de la ley al «cumplimiento» de dicha promesa) exige, en primer lugar, la

---

<sup>43</sup> Con relación a la generalidad y abstracción de las normas, precisa CALAMANDREI que son «[...] generales, en cuanto ordenan un cierto comportamiento no a un individuo en particular, sino a todos aquellos que en el futuro puedan eventualmente encontrarse en una determinada situación de hecho; abstractas, en cuanto no ordenan en vista de hechos concretos ya ocurridos, sino que, estableciendo la hipótesis de que pueda, tarde o temprano, producirse en la realidad una cierta situación de hecho, formulan anticipadamente el mandato que, cuando se verifique en concreto tal situación, está destinado, desde ahora, a convertirse en operativo y categórico» (Calamandrei, Piero, *Derecho Procesal Civil*, Harla, México, 1997 (1942), pág. 5). CHIOVENDA, por su parte, para ilustrar el concepto afirmaba que «Toda norma contenida en una ley es una voluntad general, abstracta, hipotética, condicionada a la verificación de determinados hechos, los cuales, por regla general, pueden producirse de manera indefinida. Siempre que se verifica el hecho o grupo de hechos previstos por la norma, se forma una voluntad concreta de la ley, ya que de la voluntad general o abstracta nace una voluntad particular que tiende a actuarse en el caso dado» (Chiovenda, G., *Curso...*, 1997 (1936), cit., pág. 1).

<sup>44</sup> CARNELUTTI lo expresó con precisión: «[...] lo que la ley declara es que un deber puede existir, pero no que existe; [...] el derecho nace del hecho y el hecho no es un posible sino un existente. En otros términos, el mandato para ser mandato debe ser concreto, no abstracto; no hipotético sino actual. He aquí por qué el *ius* en rigor, no es *dictum* hasta que el juez no lo declara al haber establecido la certeza del hecho y su conformidad con la hipótesis legal» (op. cit., pág. 21).

resolución de problemas hermenéuticos y de problemas cognoscitivos, dado que supone la proyección (intelectual) de las previsiones normativas sobre situaciones reales y concretas así como la interpretación del alcance prescriptivo o dispositivo que sobre dichas situaciones reales contienen tales normas<sup>45</sup>. En segunda instancia, el «deber ser» o previsión normativa, una vez reconocida o identificada y determinada en su alcance prescriptivo en situaciones reales concretas, habrá de ser reconocida (acatada) por los sujetos implicados, y, eventualmente, ese acatamiento exigirá una ulterior actividad de transformación de la realidad concreta («cumplimiento» de la norma) de tal forma que la norma alcance su función ordenadora, y que lo que «debe ser» conforme a la norma, efectivamente «sea» y se tenga por conforme a ella; es decir, tras el análisis cognoscitivo sucede un momento volitivo y aun de pura facticidad. Ambos momentos (cognitivo o cognoscitivo y volitivo o fáctico) constituyen, en su conjunto, la aplicación, cumplimiento o realización del Derecho (y la satisfacción del orden o interés amparados por éste). La realización, aplicación o cumplimiento del Derecho supone, por tanto, el desenvolvimiento de un *iter* o secuencia de actividades intelectivas y volitivas que han de permitir pasar de la situación contemplada por una norma jurídica como orden debido o proyectado a la materialización de dicho orden.

---

<sup>45</sup> LARENZ considera que «Las normas jurídicas son interpretadas, por regla general, para “aplicarlas” a hechos concretos. En la interpretación de las normas jurídicas se trata sólo aparentemente de un proceso en el que la norma aplicable se coloca en cierto modo como un metro plegable sobre el hecho enjuiciable y éste es medido por él. Esto presupondría, en primer lugar, que la norma aplicable estuviera antes tan determinada en sí que su contenido preciso no fuera cuestionable. Si así fuera, no necesitaría interpretación alguna. Pero, en segundo lugar, esto presupondría que el hecho enjuiciable constara, en todos sus elementos, ya antes de todo enjuiciamiento jurídico, y que fuera de tal condición que pudiera ajustarse exactamente al modelo dado en la norma. Tampoco esto ocurre. La mayor parte de los hechos son sumamente complejos. La norma, que tiene que simplificar porque quiere abarcar muchos hechos, aprehende de cada hecho particular sólo algunos aspectos o elementos. Todos los demás los desatiende» (pág. 200) y siguiendo a GADAMER señala que «la “aplicación” es un momento inherente a todo “comprender”. En el comprender, dice, tiene lugar “siempre algo así como una aplicación del texto que se ha de comprender a la situación presente del intérprete”. La aplicación “es un elemento tan integrante del proceso hermenéutico como el comprender o interpretar”» (Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pág. 201).

El punto de partida de todas estas actividades (de toda forma de aplicación del derecho) es siempre el mismo: por una parte, la incertidumbre<sup>46</sup> sobre la concurrencia de los supuestos aplicativos (hechos) y sobre el alcance de la prescripción (derecho) relativa a los mismos, lo que exige para su resolución el desarrollo de una actividad intelectual (cuya adecuación podrá valorarse desde el punto de vista de la epistemología, la lógica, la hermenéutica...); por otra parte, la posible resistencia (volitiva) de los destinatarios, lo que requiere una actividad de convicción, argumentación o coerción. La situación de incertidumbre o, en su caso, de resistencia, se puede denominar «insatisfacción» o «conflicto»<sup>47</sup>.

La tarea de aplicación del derecho recién descrita se desarrolla, en muchos casos, mediante la puesta en juego de las competencias intelectivas y volitivas de los propios destinatarios de las normas<sup>48</sup>. Esta fórmula aplicativa puede estar regulada por normas instrumentales que determinen el proceder de dichos destinatarios (como las normas de procedimiento administrativo, las normas reguladoras de las diversas formas de autotutela privada, las normas relativas a la autocomposición en cuanto desarrollo de la autonomía para la aplicación —o inaplicación—

---

<sup>46</sup> CARNELUTTI lo expresa gráficamente: «Hay gente que grita “al ladrón” o “al asesino”; pero ¿será verdaderamente un ladrón o un asesino?. De aquí el principio, *nulla poena sine iudicio*, antes de castigar hay que juzgar» (Carnelutti, Francesco, op. cit., pág. 36).

<sup>47</sup> Según BARRIOS DE ÁNGELIS «[...] el proceso nace de una doble, quizá de una triple, necesidad de orden sustancial que constituirá luego el objeto del proceso y que denominábamos “insatisfacción jurídica”. Decíamos [se refiere el autor a su obra «Teoría General del proceso», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, 1967, págs. 131 a 136] que ella consistía en una doble insuficiencia: carencia de certeza y carencia de adecuación de las voluntades a un cambio debido (mejor, que se afirma o se asume como tal), de orden material o inmaterial. Llamamos a la primera insuficiencia gnoseológica (defecto en la determinación del conocimiento), y a la segunda, insuficiencia ética (defecto en la adecuación de la conducta a un conocimiento cierto). [...] La tercera insuficiencia sería de orden fáctico perecimiento de la cosa debida, muerte del pintor que se comprometió a efectuar la obra, etc.» (Barrios de Ángelis, D., *Teoría del Proceso*, 2002 (1979), cit., págs. 24 y 25).

<sup>48</sup> Los propios interesados en la aplicación de la norma atienden de forma más o menos reglada a las incertidumbres propias de la realización de las normas. CALAMANDREI señalaba que «antes de examinar cual sea la función del juez, [...], es necesario darse cuenta del modo con que el derecho así formulado opera prácticamente entre los hombres, en los casos en que el mismo es observado espontáneamente por los coasociados, sin que sea necesaria la intervención del juez. [...] corresponde al individuo interesado darse cuenta, en cada caso, de que la norma abstracta se ha individualizado en lo que a él se refiere y ha hablado para él» (Calamandrei, P., *Derecho Procesal Civil*, 1997 (1942), cit., pág. 5). En el caso de realización de las normas por la Administración pública en atención al interés público y en ejercicio de sus propias potestades va precedida por un iter reglado (procedimiento administrativo) que, sin embargo, no se puede identificar con las garantías propias del proceso.

negociada del ordenamiento, etc.), pero, en todo caso, puede verse afectada en sus resultados (desde el punto de vista del acierto y la eficacia: de la justicia) por los intereses personales en presencia y por la desigualdad de fuerzas y recursos de los interesados.

Frente a la aplicación de las normas por sus destinatarios se pone de manifiesto la singularidad y trascendencia (así como, en buena medida, la superioridad) de la aplicación del derecho por un tercero (el tribunal) mediante un método de actuación dotado de garantías (el proceso)<sup>49</sup>. Desde esta perspectiva se pueden identificar y valorar las diferentes garantías que caracterizan la aplicación procesal del Derecho. En primer lugar, la intervención de un sujeto imparcial (el tribunal) se puede percibir como la primera garantía jurisdiccional de acierto en la aplicación del derecho: la derivada de la falta de interés de quien realiza la tarea intelectual que requiere toda aplicación del derecho (cognición). En segundo lugar, la contemplación de la pretensión de parte como cuestión litigiosa (como duda y no como certeza), desencadenando, indefectiblemente, la cognición del tribunal, representará una nueva garantía pues elimina toda suerte de prejuicio o presunción (irracional o interesada) sobre la solución definitiva. En tercer lugar, el método dialéctico de conocimiento garantizado por el contradictorio muestra su relevancia garantista al permitir, por una parte, que el tercero mantenga su ya mencionada posición imparcial y, por otra, que dicho tercero adopte sus decisiones racionalmente y al amparo de la mejor información disponible: la proporcionada por las partes cuyo acicate es el interés propio. En cuarto lugar, la «autoridad» que

---

<sup>49</sup> En tal sentido CHIOVENDA afirma que «La función pública que se desenvuelve en el proceso consiste en la actuación de la voluntad concreta de la ley, en relación con un bien de la vida que el actor pretende garantizado por esa voluntad. La función de los órganos jurisdiccionales es afirmar y actuar esa voluntad de ley que estiman existe como voluntad concreta, dados los hechos que ellos consideren como existentes. La actividad de los jueces se dirige a dos objetivos distintos: examen de la norma como voluntad abstracta de la ley (cuestión de derecho) y examen de los hechos que la convierten en concreta (cuestión de hecho). Resultado de su actividad será la actuación de la voluntad de la ley, tal como la afirma el actor, si esa voluntad es reconocida como existente, mediante sentencia de admisión, eventualmente ejecución forzosa; o, por el contrario, la actuación de la voluntad negativa de la ley, mediante la desestimación de la demanda. Para alcanzar dicho resultado, los órganos jurisdiccionales proceden mediante una sustitución de la actividad ajena por la propia, tanto por la actividad intelectual (que en la sentencia sustituye a la actividad de las partes y de todos, al afirmar o negar la existencia concreta de la ley) cuanto por la actividad material, que en la ejecución forzosa tiende, en lugar del obligado, a procurar al titular del derecho declarado existente el bien que la ley le garantiza.» (Chiovenda G., *Curso...*, 1997 (1936), cit., pág. 21).



otorgan las garantías ya reseñadas, explica la posibilidad de atribuir una excepcional eficacia jurídica a la actuación de dicho tercero, eficacia que puede ser tanto declarativa (estableciendo con rasgos de certeza, autoridad y estabilidad —cosa juzgada— el conocimiento que requiere la aplicación normativa) como ejecutiva (imponiendo —mediante técnicas de sustitución y coerción: posibilidades, a su vez, por la naturaleza pública del tribunal— la voluntad que requiere la aplicación normativa)<sup>50</sup>.

Resumiendo, la función del proceso (jurisdicción), centrada en la realización acertada y eficaz (gracias al despliegue de las enunciadas garantías, reguladas por normas procesales) del orden jurídico que expresan las normas materiales (y, con ello, la satisfacción de intereses que consagran), encuentra su fundamento material o razón de ser en la textura o esencia conflictiva (incierto o inseguro) del fenómeno jurídico que resulta del contraste entre lo programado deontológicamente y su proyección fenomenológica en la realidad concreta, el momento aplicativo del derecho, origen, a su vez, de resistencias (cognitivas o volitivas, justificadas o injustificadas)<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> CHIOVENDA, por el contrario, considera que el criterio de diferenciación de la jurisdicción con otras funciones del Estado no puede encontrarse en las garantías externas que la acompañan. Al respecto, afirma que «No puede hallarse el criterio en las garantías externas de la función (independencia del funcionario, formas procesales, derecho de defensa, derecho de contradicción), puesto que puede darse una jurisdicción que carezca de ellas y, a la inversa, puede suceder que haya actos administrativos que estén rodeados de iguales garantías» (Chioventa, G., *Curso...*, 1997 (1936), cit., pág. 198), considera, en cambio, que el criterio de diferenciación de la jurisdicción con otras funciones del Estado debe encontrarse en su eficacia y de ahí que otorgue una extraordinaria relevancia a la cosa juzgada. Sin embargo, a nuestro juicio, la eficacia que a la aplicación jurisdiccional del Derecho atribuye el efecto de cosa juzgada, se justifica, precisamente, por haberse dictado la sentencia de la que se predica tras un proceso dotado de (otras) garantías que, por otra parte, no es exacto que sean equiparables a las proporcionadas por otros sectores del ordenamiento y, menos aun, que puedan faltar en el procesal. Cosa distinta es que el legislador pueda ampliar las garantías de acierto en la aplicación administrativa del Derecho importando garantías propias del proceso o que pueda privar al proceso de garantías que le son propias, incurriendo con ello, en el marco de un Estado de Derecho que consagre la tutela judicial efectiva, en un supuesto de inconstitucionalidad.

<sup>51</sup> En este sentido, FERRAJOLI ha afirmado, que «es esta fundación sobre la verdad (aunque sea en sentido inevitablemente relativo, por el carácter opinable de la interpretación judicial y, por tanto, de la *verdad jurídica*, y, en cualquier caso, por el carácter probabilista de la inducción probatoria de la *verdad fáctica*) la fuente de legitimación específica de la jurisdicción, que justifica su independencia en un Estado de derecho. A diferencia de cualquier otra actividad jurídica, la actividad jurisdiccional en el Estado de derecho es una actividad cognoscitiva además de práctica o prescriptiva; o mejor, es una actividad prescriptiva que tiene como necesaria

### 3. Garantías de acierto y eficacia aportadas por el Derecho procesal

#### 3.1. Principios de imparcialidad y supremacía del tribunal

Las garantías que dan cumplimiento a la jurisdicción son, sin duda, el resultado de una evolución histórica, pero también, como acabamos de analizar, una exigencia epistemológica de la naturaleza del fenómeno de aplicación de las normas. Tales garantías han quedado positivizadas, con rango de derecho fundamental, en el art. 24 CE. A él es obligado acudir si queremos adjudicar un fundamento positivo al elenco de garantías que la jurisdicción requiere.

Hay que aclarar que tales garantías se manifiestan, *grosso modo*, en la existencia de estructuras o instituciones jurídicas concretas (sintéticamente, los tribunales y los procesos), pudiendo, a grandes rasgos, identificarse con su existencia. Sin embargo, más matizadamente, tales garantías se identifican con ciertas características técnicas del funcionamiento de las mencionadas instituciones que, con frecuencia, se sintetizan en forma de principios (de imparcialidad, de conflictividad, de audiencia o contradicción, de proporcionalidad, etc.), que, a su vez, se concretan en forma de imperativos procesales específicos con reflejo en las posiciones jurídicas procesales de las partes y del tribunal (el principio de contradicción requiere la función —implícita en la potestad— de notificación de la demanda, la oportunidad —en forma de carga— de contestación; la posibilidad —igualmente, en forma de carga— de interposición de recursos frente a las resoluciones interlocutorias del tribunal, etc.): el cumplimiento de tales imperativos permite satisfacer el derecho fundamental a la tutela judicial o al proceso debido en cada situación concreta al actualizar las garantías que expresan.

Como primera garantía, el Derecho procesal encomienda la realización del derecho (o hace partícipe de la misma) a un tercero imparcial (principio de imparcialidad reflejado en el art. 117 CE). La posición de imparcialidad del

---

justificación una motivación en todo o en parte cognoscitiva» (Ferrajoli, Luigi, «Garantías», en Ferrajoli, Luigi (Miguel Carbonell, editor), *Democracia y Garantismo*, Trotta, Madrid, 2008, pág. 68).

tercero proviene tanto de su propia posición objetiva como tal «tercero» (calificándose a veces tal condición con el neologismo «*imparcialidad*», es decir, de su ser distinto de las partes, ajeno, en principio y ya solo por ello, a los intereses en juego), como de asumir una posición subjetiva de objetividad y racionalidad<sup>52</sup>. La posición de imparcialidad queda asegurada mediante las normas reguladoras de los tribunales, las cuales establecen un completo régimen de garantías institucionales (imponiendo un riguroso estatuto jurídico a los jueces: régimen de selección, sistema de incompatibilidades y prohibiciones, régimen funcional de inamovilidad, amplio régimen de responsabilidad, etc. —muy claramente, art. 127 CE—) y un amplio elenco de garantías funcionales (mecanismos de predeterminación del Tribunal del caso concreto, sistemas de abstención y de recusación, etc.).

---

<sup>52</sup> ARAGONESES afirma que «El proceso se caracteriza, además, porque a la nota de “imparcialidad” une la de “imparcialidad”. No sólo es que el órgano decisor del proceso no es parte, sino que ha de estar estructurado de tal forma que no debe de ser tampoco parcial, entendida la parcialidad, [...], como una especie determinada de motivación, en forma tal, que el móvil de la declaración debe ser el deseo de resolver justa o legalmente, poniendo entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador. [...] Precisamente el principio de imparcialidad del juzgador, característica del proceso judicial, obliga al establecimiento del principio de que no existe proceso sin juicio, decisión sin previa audiencia» (Aragoneses Alonso, Pedro, *Proceso y Derecho Procesal*, 1997, cit., pág. 112). Más adelante, en el apartado titulado significativamente «Principio supremo del proceso: imparcialidad», este autor señala que «[...] el proceso judicial se caracteriza por ser una forma coactiva e “imparcial” de un reparto justo [...] el principio de imparcialidad es un estadio superior al de la simple “imparcialidad”. La imparcialidad supone la superación de los medios coactivos de la autotutela mientras que la imparcialidad es la superación de las estructuras de obtención coactiva por heterotutela» (op., cit., págs. 127 y 128). Por su parte, MONTERO AROCA, quien concibe la jurisdicción, ante todo, como potestad, considera que ésta «para existir como tal tiene que referirse a un doble juego de condiciones: 1.ª) Los órganos a los que se atribuye la potestad no pueden ser cualesquiera, sino que han de estar revestidos de una serie de cualidades propias que los distinguen de los demás órganos del Estado; estos órganos son los juzgados y tribunales, en los que los titulares de la potestad son los jueces y magistrados. 2.ª) La función que se asigna a estos órganos cualifica también a la potestad; [...]» (Montero Aroca, Juan; en *AA. VV.*, *Derecho Jurisdiccional ...*, 1997, cit., pág. 36). Para este último autor «cualquier lectura que se haga de la Constitución lleva a la conclusión de que la característica esencial del estatuto jurídico de los jueces y magistrados es la independencia; ésta es el principio básico en torno al que gira todo lo demás.» (ibídem., pág. 109). Por su parte, BARRIOS DE ÁNGELIS expresa las condiciones mencionadas con las nociones de imparcialidad estructural, que proviene «de ser los intereses específicos del objeto totalmente ajenos o extraños a los que implica el tribunal; es decir, que las estructuras del órgano y de los intereses específicos referidos son exteriores la una a la otra» e imparcialidad funcional u objetividad, que, en sentido negativo, significa que el Tribunal en su actuación «debe prescindir de los sujetos y atenerse a los resultados objetivos de sus actividades; o sea, no preferir el argumento o la prueba, etc., en razón de su pertenencia a uno o más sujetos interesados» y, en sentido positivo, que «liberada su conducta de toda traba subjetiva, debe otorgar a cada actividad su máximo de posibilidades, ya provenga de uno u otro interesado» (Barrios de Ángelis, D., *Teoría del Proceso*, 2002 (1979), cit., pág. 95).

Por otra parte, el tribunal, debido a su pertenencia a uno de los Poderes del Estado, dispone de la potestad de coerción necesaria para vencer las resistencias volitivas que puedan oponerse a la eficacia del orden jurídico a él encomendado a través del proceso: principio de supremacía o de autoridad (siendo muy expresivo, en este sentido, el art. 118 CE)<sup>53</sup>.

### 3.2. Principio dispositivo

Uno de los instrumentos que favorecen la imparcialidad es, al menos en el proceso civil, el principio dispositivo, que configura la actividad procesal a partir de (o «en respuesta a») pretensiones (solicitudes, aspiraciones) de tutela<sup>54</sup>. La característica del tribunal como sujeto que realiza el orden debido entre partes (sometiendo el interés jurídico de una de ellas al interés de la parte contraria en los términos queridos por la norma) siendo ajeno a dicho orden o interés, se garantiza funcionalmente exigiendo que su intervención tenga lugar (y se mantenga durante todo el proceso) como respuesta a una iniciativa o impulso de las propias partes en defensa de sus intereses<sup>55</sup>. La iniciativa de las partes se concreta en forma de «pretensiones» mediante las cuales éstas formulan una declaración de voluntad

---

<sup>53</sup> Que BARRIOS DE ÁNGELIS define como «la potestad de requerir de los demás órganos públicos la colaboración y el auxilio de la fuerza pública de sus detentores, [y la] correlativa necesidad de estos últimos de prestar dicha colaboración» (ibídem, pág. 97).

<sup>54</sup> Siguiendo a GUASPDELGADO: «La pretensión procesal es una declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración [...]» (Guasp Delgado, Jaime, *Derecho procesal Civil, tomo I, Introducción y Parte general*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pág. 217); precisando la noción, el citado autor añade que la pretensión «ha de encerrar la indicación de la actividad en que ella se traduce. Esta actividad consiste esencialmente en una petición jurídicamente significativa, es decir, una reclamación de algo, que se pide porque el pretendiente afirma su coincidencia con el ordenamiento jurídico. Tiene que haber en toda pretensión procesal la formulación de una exigencia que se sostiene como fundada en derecho. Este elemento, que, según la tesis del que sostiene la pretensión, viene a justificarla jurídicamente, es el que se denomina fundamento, título o causa de pedir: *causa petendi* de la misma [...]» (ibídem, pág. 226).

<sup>55</sup> Si bien el principio dispositivo es de los considerados jurídico-técnicos, en cuanto puede construirse un proceso que participe del principio contrario (de oficialidad), estimamos que no puede desaparecer de modo absoluto a riesgo de perderse uno de los instrumentos esenciales de la imparcialidad judicial y propiciar el fracaso de la función jurisdiccional (Cfr. DE LA OLIVA, *Derecho Procesal Civil I*, 1995, cit., págs. 149 a 154). PICÓ I JUNOY sostiene, incluso, que el principio dispositivo posee fundamento constitucional (Picó i Junoy, Joan, «Los principios del nuevo proceso civil», en AA. VV., *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, vol. I, DIJUSA, Barcelona, 2000, págs. 30 y 31).

respecto de la prestación jurisdiccional a que aspiran, la cual, desde el punto de vista del tribunal, adquiere (inmediatamente o previa reacción de la parte contraria) la dimensión de incertidumbre (conflicto) sobre el que debe pronunciarse (o actuar), y, por ello, ser objeto o materia de consideración procesal<sup>56</sup>.

Las pretensiones especifican para cada proceso concreto el ámbito preciso de la realidad (*causa petendi*: hechos) sobre la cual se ha de medirse la pertinencia de la satisfacción solicitada (*petitum*) y sobre la cual, en su caso, se ha de producir tal satisfacción jurídica, al tiempo que invocan la acción o derecho material del que, a su parecer, se deriva el poder para exigirla (*causa petendi*: fundamentos de derecho). La relevancia de la pretensión para definir el ámbito de la tutela se manifiesta en su enumeración en el frontispicio de la LEC (art. 5 LEC) para definir a través de ellas las modalidades de satisfacción jurídica que el proceso civil puede proporcionar<sup>57</sup>. Si bien la pretensión opera, de modo inmediato, como instrumento de tutela para quien la formula (en cuanto único medio de ejercitar ante el tribunal su derecho de acción posibilitando su satisfacción), su finalidad institucional para el proceso va más allá de esta función, pues permite colocar al tribunal en posición de sujeto imparcial, capaz de impartir verdadera justicia, convirtiéndose de este modo en una de las garantías que identifican la función jurisdiccional. Esta función en garantía de la imparcialidad la cumple el principio

---

<sup>56</sup> Pero nótese que esta pretensión, como acto de parte y declaración de voluntad, aun cuando introduce la cuestión litigiosa o incertidumbre que será objeto de la actividad procesal, no se confunde con ella: es su vehículo. Sólo una vez desvinculada de su autor, «objetivada» o «problematizada» por su inmersión en el proceso, se convierte en algo distinto a un acto de parte, en materia de cognición y debate (una cuestión litigiosa, un conflicto), ahora sí, objeto del proceso.

<sup>57</sup> «Se podrá pretender de los tribunales la condena a determinada prestación, la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, la ejecución, la adopción de medidas cautelares y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley» (art. 5.1 LEC).

Para CHIOVENDA: «[...] un proceso puede limitar expresamente, por razones especiales de tiempo y de lugar, los modos de actuación de la ley lógicamente posibles. Se puede admitir para un determinado proceso la acción de condena y la acción de mera declaración: puede admitirse la ejecución forzosa y excluirse las medidas precautorias de aseguramiento. La ley procesal, aun no pudiendo —sin contradicción— negar la acción en los casos en que el derecho garantiza a alguno un bien, puede, sin embargo, limitar la función del proceso a este oficio sustitutivo de la prestación de los obligados, y negar que el proceso sirva por sí mismo a la producción de bienes inalcanzables fuera de él, como la certeza jurídica, la seguridad de los créditos en peligro, etc.» (Chiovenda, G., *Curso...*, 1997 (1936), cit., págs. 25 y 26).

dispositivo tanto si al pretendiente asiste la razón (por ser titular de la acción concreta invocada y vigente) y así lo aprecia el tribunal, como si no le asiste (o no lo aprecia el tribunal), denegando la razón a quien pretende<sup>58</sup>, pues en este segundo caso la pretensión habrá permitido al tribunal actuar imparcialmente denegando, como *debe ser*, una mera voluntad infundada, restaurando la seguridad jurídica exigida por la norma y respetando el interés del demandado (fuera invocado por éste —contrapretensión— o no)<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> En tal sentido, GUASP DELGADO afirma que «La pretensión queda, sin embargo, procesalmente satisfecha tanto si es efectivamente actuada como si, por las razones que se den, se rechaza su actuación. Los tipos de actuación que se exigen pueden variar grandemente y precisamente esta variación es la que crea las distintas clases de pretensiones que más tarde se estudian. [...]. La significación jurídica de la pretensión la proporciona la referencia que en ella se contiene al derecho, por sostener su autor que lo reclamado coincide con lo establecido en el ordenamiento jurídico; si bien para alcanzar fuerza de derecho le basta a la pretensión esta referencia, subjetiva y externa, sin necesidad de que la coincidencia exista o no, o, incluso, se crea o no en ella: hay tanto pretensiones fundadas y sinceras como pretensiones infundadas o insinceras» (Guasp Delgado, J., *Derecho procesal civil...*, tomo I, cit., pág. 217). CHIOVENDA afirma que «Cuando alguien pretende un bien de la vida fundamentando una voluntad concreta de la ley que en realidad no existe, se forma entonces una voluntad concreta de la ley en virtud de la cual tal pretensión debe ser considerada, declarada y tratada como falta de fundamento, lo que puede también expresarse diciendo que se forma una voluntad concreta negativa de la ley», y, que, por ello, «[...] la sentencia es siempre actuación de la ley, [...] tanto si la estima como si la rechaza, la sentencia afirma una voluntad positiva o negativa de la ley. Por tanto, el proceso no sirve a una u otra parte: sirve a la parte que, según el juez, tenga razón.» (Chiovenda, G., *Curso...*, 1997 (1936), cit., págs. 2 y 24, respectivamente).

<sup>59</sup> No se puede desconocer que este principio dispositivo supone un límite a los poderes de oficio del tribunal en el curso del proceso, sobre todo por lo que respecta a la configuración de su objeto. La posibilidad de llevar más lejos esta limitación a los poderes de oficio del tribunal es cuestión ardua y enconada. El debate, siguiendo a PICÓ I JUNOY, «[...] se ha concentrado en dos posturas antagónicas sobre cuál ha de ser el modelo de juez civil: la de aquellos autores que centran su punto de atención sólo en las partes, a las que se les atribuye el protagonismo del debate procesal, evitando así el otorgamiento de iniciativas materiales al juez que, en opinión de estos autores, pueden suponer la ruptura del citado garantismo constitucional; y la de aquellos otros autores que buscando la máxima eficacia de la tutela judicial otorgan al juez facultades de dirección del proceso», a estos últimos, los considera partidarios de la “publicización del proceso” (resultado, a su vez, de un proceso evolutivo conocido como “socialización del proceso”) y a los primeros partidarios de la denomina “doctrina revisionista” (Cipriani y Monteleone en Italia, Montero Aroca en España, Alvarado Velloso en Argentina...). La polémica se vuelve agria en cuanto para la doctrina revisionista la “publicización del proceso” es «[...] una manifestación procesal propia de una ideología fascista o autoritaria, en la que se subordinan los derechos de las partes a los poderes del juez». Sin embargo, debemos destacar que la polémica se centra, al decir del autor que glosamos, «en la posible iniciativa probatoria *ex officio iudicis* [frente al principio de aportación de parte], y en el control judicial de la buena fe procesal en la actuación de las partes», pero, en todo caso, «sin discutir la vigencia del principio dispositivo» (Picó i Junoy, Joan, «El Derecho procesal entre el garantismo y la eficacia», en AA. VV. (Montero Aroca, Juan, coordinador), *Proceso civil e ideología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 109 a 127, cita en págs. 110 a 112). En nuestra opinión, considerando que la búsqueda del acierto en la decisión judicial es la verdadera función del proceso, no deben descartarse aquellas intervenciones de oficio del Tribunal que, sin hacerle perder imparcialidad o privar a los particulares de sus facultades de

### 3.3. Principio de conflictividad

La pretensión, en cuanto acto de parte, introduce para el órgano imparcial una incógnita o incertidumbre relativa bien a la realidad ante la cual el tribunal aplicará el derecho (los hechos, que figuran en la *causa petendi*), bien a la calificación y alcance jurídico atribuible a dichos hechos, en función, a su vez, de la selección e interpretación de las normas aplicables al caso (que figuran, también, como *causa petendi* en la pretensión. fundamentos de derecho), así como una incertidumbre sobre la correspondencia entre los supuestos y consecuencias en ellas previstos con los hechos cuya realidad afirma (subsunción)<sup>60</sup> y sobre el alcance de las prescripciones y transformaciones exigidas por tales normas (el *deber ser* normativo formulado como *petitum*). Por consiguiente, el objeto del proceso es siempre una cuestión (la realización del derecho postulada por la pretensión) que se presenta discutible: una cuestión litigiosa o conflicto<sup>61</sup>. En otras

---

configuración jurídica, faciliten, por el contrario, su logro. En este sentido, afirma PICÒ I JUNOY que «en esta búsqueda de la “verdad” dentro del proceso —“verdad” mediatizada, en virtud de los principios dispositivo y de aportación de parte, por los relatos fácticos de los respectivos litigantes— y respetando rigurosamente todas las garantías constitucionales de las partes, encuentra su justificación la iniciativa probatoria del juez» (ibídem, pág. 124).

<sup>60</sup> A la realidad fenomenológica aludida por la pretensión (que puede ser meramente afirmada por el demandante) la considera BARRIOS DE ÁNGELIS el «objeto existencial» del proceso, pues «[...] es un sector determinado de la vida humana. Determinado en cuanto puede ser comprendido en modo particular por las normas jurídicas y en tanto que referido por el proceso. Es decir, un hecho de la vida *sub specie iuris* y *sub specie processus* [...] Ese hecho, como tal, puede existir realmente, o ser una pura invención de la fantasía. En todo caso, tiene que ser un ser real o un ser ideal, fuera del proceso; y no es su objeto, no se constituye como tal objeto, sino cuando un primer acto del proceso lo refiere. Es decir, cuando un acto procesal lo integra como contenido del proceso» (Barrios de Ángelis, Dante, *Teoría del Proceso*, 2002, cit., pág. 63). Este mismo objeto deviene para el Tribunal «objeto gnoseológico», pues «[...] ante el órgano de la jurisdicción, el objeto existencial se presenta como una incógnita» (ibídem, pág. 65). Nótese que los diferentes conceptos de objeto no son más que diferentes perspectivas de una misma realidad: «El objeto gnoseológico no es otra cosa que la contemplación de esa misma realidad existencial desde el ángulo de la teoría del conocimiento» (ibídem, págs. 69 y 70). Aun más, desde una nueva perspectiva, BARRIOS DE ÁNGELIS afirma que dicho objeto, considerado en su esencia (al que denomina «objeto esencial»), es una «insatisfacción», con lo que podemos estar de acuerdo si por insatisfacción se entiende la expectativa de aplicación correcta de la norma generada por la pretensión de tutela y no necesariamente una situación previa al proceso resultante de un incumplimiento o conflicto igualmente previo al proceso que, como ya hemos afirmado, puede no existir.

<sup>61</sup> Sólo con esta interpretación puede afirmarse que la pretensión es el objeto del proceso. De otro modo, la pretensión sólo puede ser considerada el instrumento que introduce el objeto, es decir, acto y no objeto. BARRIOS DE ÁNGELIS distingue, en este sentido, entre objeto y contenido del proceso siendo la pretensión el contenido del proceso pero no su objeto: «El objeto es la *realidad existencial referida* (la falta de pago, la causal del divorcio, etc.); el contenido es la *referencia* a esa realidad. Ésta es

palabras, la aspiración subjetiva de parte (voluntad que expresa o manifiesta mediante la pretensión como acto de postulación) es considerada objetivamente por el tribunal como origen de una cuestión litigiosa o conflicto (como objeto procesal)<sup>62</sup>, o, como recuerda ALMAGRO, usando los términos precisos del Derecho canónico, la pretensión se transforma en un *dubium* o duda<sup>63</sup>. En nuestra opinión, esta forma de considerar el objeto del proceso como conflicto es, en sí misma, una garantía procesal ineludible, que puede expresarse como «principio de conflictividad»<sup>64</sup>, asegurando una actitud intelectualmente activa del tribunal en

---

un complejo físico, químico, biológico, psicológico, jurídico —es decir, en parte, idea—; la referencia constituye, en último término, pensamiento intencional sobre el objeto» (Vid. Barrios de Ángelis, Dante, *Teoría del Proceso*, 2002 (1979), cit., pág. 63, el subrayado corresponde al original).

<sup>62</sup> No empleamos aquí el término «conflicto» con la significación, ya clásica, que le atribuyó CARNELUTTI, a saber, la de un conflicto de intereses preexistente al proceso y de naturaleza sociológica, el cual, formalizado ante el Tribunal, adquiere la condición de «dītis». Lo interpretamos, antes bien, como sostiene BARRIOS DE ÁNGELIS (Barrios de Ángelis, «Muerte y resurrección del conflicto», *Revista de Derecho Procesal*, n.º 1 (2000), págs. 7 a 20) como «conflicto gnoseológico», el conflicto instrumental que surge de la propia demanda no solo como exigencia epistemológica (el Tribunal no sabe ni puede saber si el demandante tiene razón) sino como garantía de acierto: artificio técnico que permite acceder a la verdad. Para este autor Carnelutti procede a, «desvirtuar la idea de “litigio” —pura y simple oposición de partes mediante los actos del proceso— en algo sociológicamente trascendente e inexacto» (BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante., *Teoría del proceso*, 2002 (1979), cit., pág. 7). Afirma también que «[...] todo conflicto de intereses es pre-normativo; en un mundo sometido a la plenitud del derecho, no existe conflicto de intereses entre el acreedor y el deudor que no paga: la ley lo resuelve antes —como el mismo Carnelutti reconoce— en favor del acreedor. Lo que el juez establece no es su solución al conflicto, sino su averiguación de cómo ya, antes que él intervenga, la ley resolvió el conflicto» (ibidem., pág. 71).

<sup>63</sup> Según ALMAGRO, «La introducción del objeto del proceso por el actor en la demanda coloca en situación de contienda la cuestión [...] a saber, desde el momento en que la demanda sea presentada, el objeto del proceso se erige en objeto litigioso y desde este momento nace el derecho del demandado a que sea rechazada o desestimada la demanda inadmisibles o infundada. Este derecho se tiene con independencia de que el demandado comparezca o no. La situación de rebeldía no exonera del cumplimiento de los presupuestos y requisitos procesales ni libera de la carga de probar los hechos constitutivos de la pretensión (art. 2.214 del CC), al menos, en este segundo aspecto, como norma general y sin tener en cuenta procesos de naturaleza especial como el monitorio. Esto es, institucionalmente el objeto del proceso se ofrece, inicialmente, al órgano jurisdiccional, como duda entre lo pedido por el actor y el derecho a la absolución del demandado, que debe prevalecer a lo largo del proceso si no resultan probadas las alegaciones y estas alegaciones probadas no concuerdan con lo que se pide. En el Derecho canónico la formalización de este estado o situación se lleva a efecto mediante la llamada fórmula del *dubium* o *dubio*. En el Derecho procesal común no se emplea esta fórmula, pero su significado está presente también, aunque de manera implícita.» (Almagro Nosete, José, *Derecho Procesal, Tomo I, Proceso Civil, Volumen primero*, Trivium, Madrid, 1995, págs. 450 y 451).

<sup>64</sup> ALCALÁ ZAMORA afirmaba que «[...] si los procesalistas penales se preguntasen por qué se juzga, brotarían dos contestaciones igualmente: a) para que se castigue al culpable y b) para que no se castigue al inocente; [...] En efecto: si sólo se tratase de asegurar una reposición enérgica, bastarían la policía y la fuerza pública y aun la ira de la multitud o la iniciativa privada, como la experiencia histórica confirma —desde la venganza de sangre al lynchamiento norteamericano, o desde los pseudoprocesos sumarísimos italianos de los siglos XVI a XVIII (*ad oras, ex abrupto, usus belli*, etcétera, nombres harto elocuentes) [...]; si por el contrario, se adoptan precauciones especiales, a todo lo largo



la búsqueda de la verdad y, consiguientemente, el acierto de sus resoluciones. Sólo tal «conflicto» (cuyo concreto alcance lo proporciona la pretensión) y nunca una certeza, puede ser el centro de la actividad procesal, y será una de las garantías de acierto de la aplicación jurisdiccional del derecho que tal objeto no pierda (o no lo haga completa o definitivamente) tal carácter litigioso hasta culminar el proceso (con la declaración o ejecución)<sup>65</sup>. Si el proceso pierde toda dimensión conflictiva, pierde su razón de ser (que, según afirmábamos, se encuentra en la incertidumbre que precede toda aplicación del derecho) y el tribunal pierde su condición de órgano imparcial, limitándose a ser un ejecutor del interés de una de las partes o del interés público en que dicho interés particular se satisfaga: función próxima a la tutela administrativa de los intereses generales que no corresponde a la jurisdicción sino a la administración.

El surgimiento del conflicto o cuestión litigiosa a partir de la pretensión es una garantía que se despliega, en principio, con independencia del contradictorio, del que seguidamente nos ocuparemos<sup>66</sup>. La conflictividad del objeto surge como

---

de la instrucción y del plenario, es porque como exponía mi viejo maestro REINHARD FRANK, pesa a que nada tenía de liberal, de nuestra voluntad depende cometer o no un delito doloso, mas no, en cambio, evitar nuestro procesamiento, que puede obedecer a confusión de personas o nombres, a denuncias malintencionadas, a apariencias engañosas, etcétera. El riesgo del error judicial (que puede llegar a lo irreparable en el caso de condena a muerte) gravita constantemente sobre el proceso penal, y él explica, por ejemplo, que mientras son todavía escasos los códigos que admiten la revisión en contra, todas las legislaciones prevean el recurso a favor o algún otro remedio equivalente. Esa finalidad del proceso, si bien adquiere su más dramático relieve en el enjuiciamiento criminal, [...] se manifiesta asimismo, con mayor o menor intensidad, en todas las ramas procesales.» (Alcalá-Zamora Castillo, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 1991 (1947), cit., págs. 228 a 230).

<sup>65</sup> A nuestro juicio, esta es la idea que BARRIOS DE ÁNGELIS expresa con las que denomina «ley genética» y «ley funcional» del sistema procesal. Por la primera «El objeto mismo del proceso determina el ser y el modo de ser de las demás categorías [categorías del proceso: la norma procesal, los sujetos procesales, las situaciones procesales, los actos procesales, las funciones procesales y las estructuras procesales]» y añade que «La totalidad [de las categorías], el proceso mismo, está determinado por las deficiencias o carencias gnoseológicas y ética comprendidas en el objeto [...] tales carencias constituían parte de los supuestos del proceso mismo. Estas carencias se transfieren al objeto del proceso (a la deuda impagada pretendida, al delito asumido) y requieren la existencia del proceso como instrumento productor de certeza (para excluir la falta de certeza o carencia gnoseológica) o de realización coactiva de las sanciones (para excluir la falta de adecuación de las voluntades a la norma, carencia ética). Y el proceso será, según el tipo de carencia que lo determine, de conocimiento o de ejecución). Por la segunda (la «ley funcional») «[...] las categorías (distintas del objeto) sólo tienen sentido en la transformación del objeto; son función o participan de su naturaleza [...] el proceso entero —es decir, las funciones y las demás categorías conexas distintas del objeto— no existe sino para la definición y transformación del objeto» (Barrios de Ángelis, D., *Teoría del proceso*, 2002 (1979), cit., págs. 26 a 34). Es decir, que el proceso se inicia con la cuestión litigiosa que introduce la pretensión (ley genética) y se desarrolla para resolverla (ley funcional).

<sup>66</sup> BARRIOS DE ÁNGELIS señala al respecto que «Ante cada afirmación del interesado,

garantía institucional independientemente de que el demandado aproveche o no las oportunidades que el ordenamiento procesal le proporciona para hacerse oír, oponerse a la pretensión y contribuir de este modo a la decisión del Tribunal. Sin perjuicio de lo cual, la reglamentación específica de cada proceso puede tener en cuenta (a veces de modo determinante) la pasividad —voluntaria— de las partes para configurar el alcance de la cognición del tribunal y el contenido de su decisión<sup>67</sup>.

### 3.4. Principio de contradicción.

La imparcialidad del tribunal, garantizada por las normas procesales reseñadas hasta el momento, sólo tiene sentido si no deviene en arbitrariedad y, en cambio, se desenvuelve en condiciones que garanticen la racionalidad y de acierto de su actuación. Se pueden concebir, en efecto, formas de imparcialidad a través de la arbitrariedad (por ejemplo, las ordalías medievales o la tortura judicial) que son, sin embargo, la antítesis de la justicia. El tribunal, por el contrario, debe aplicar el derecho de forma que el orden social y el interés cuya tutela o satisfacción se solicitan (en el *petitum* contenido en la pretensión) se correspondan con los previstos en la ley (fundamentos de derecho) y según reclame la realidad del caso concreto (hechos).

La racionalidad descrita impone, ante todo, una exigencia de reflexión racional por parte del tribunal respecto del objeto o conflicto. Tal exigencia se manifiesta a través de la motivación de sus decisiones (reflejo de una rigurosa cognición

---

pongamos por caso, y ante cada asunción como verdadera de determinada hipótesis, el órgano jurisdiccional advierte que simultáneamente se yergue, *lo afirme o no un interesado*, [el subrayado es del original] una hipótesis contradictoria: si a la primera la designamos como “A”, la segunda es “no-A”. La concepción hegeliana, con todos los errores que se le puedan imputar, no parece, en este particular horizonte del proceso, siquiera discutible; el surgimiento de la hipótesis negativa de la negación, no sólo es una realidad psíquica sin disputa, sino que es *la que da sentido al propio órgano jurisdiccional* [subrayado nuestro]» (*ibidem*, pág. 66).

<sup>67</sup> De ahí que si se afirma que el proceso tiene como función la superación (con las debidas garantías de acierto y eficacia, añadimos nosotros) de una «insatisfacción» previa hay que entender que dicha superación consistirá, precisamente, en caso de haberse formulado una pretensión injusta, en el rechazo a la pretensión, del mismo modo que el «conflicto» surge de la pretensión pero no siempre la precede. Al margen de que en muchos casos antes del proceso existan «conflictos jurídicos» entre partes, lo relevante es que el conflicto se manifieste ante el Tribunal (lo que Carnelutti llamó el litigio) y para ello no hace falta un conflicto previo: basta la formulación de una pretensión (infundada) y que por obra del principio de conflictividad surja la cuestión litigiosa.

previa), pero se realiza plenamente a través del contradictorio, entendido como mecanismo que otorga la posibilidad de una igual contribución de ambas partes a la cognición o reflexión racional efectuada por el tribunal sobre dicha cuestión y, en definitiva, a la formación de su voluntad<sup>68</sup>. En otras palabras, el conflicto, por sí mismo, no explica el dinamismo en que se resuelve el proceso. El proceso, lejos de estar éste construido como un análisis solipsista del tribunal sobre la cuestión litigiosa perfilada por la pretensión y a la que sólo él tuviera acceso<sup>69</sup>,

---

<sup>68</sup> CHIOVENDA señalaba que «hasta la fecha, el proceso es una lucha (intelectual) regulada por el derecho. Por excepción, existe un proceso que no se funda sobre el conflicto de partes y es regulado por principios especiales; un proceso llamado inquisitorio» (*Curso de Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 323). Entendemos, no obstante, que ese proceso inquisitorio, por carecer de una garantía esencial de acierto (independencia derivada del principio dispositivo, ausencia de contradictorio) o limita el principio inquisitorial a una fase o momento determinado del mismo o no será verdadero proceso. CARNELUTTI, por su parte, sostenía que «[...] el contradictorio, que constituye el secreto del mecanismo procesal, es absolutamente un choque entre los contradictorios [...]»; añadiendo que «para que llegue a buen fin es necesario *audiatur et altera pars*. Este es el fin del principio contradictorio, el cual no es otra cosa, en el fondo, que igualdad entre las partes; cada una de las partes debe poder hacer aquello que hace la otra para poderle dar la razón. [...] ¿Por qué? No olvidemos que, en último análisis, esto que debe hacer el juez es una elección. Basta la afirmación de una parte para ponerlo frente a una alternativa: razón o sin razón. Para una buena elección, es necesario que sean exploradas, hasta donde es posible, ambas vías. Pero cada parte tiene interés en que se explore una sola de ellas: la que conduce a su éxito. He aquí por qué sólo la actividad de ambas constituye aquella colaboración, de la cual el juez tiene necesidad. Es preciso que una piedra choque contra la otra a fin de que salte la chispa de la verdad. Por eso nunca son excesivos los cuidados dirigidos a garantizar no sólo la posibilidad sino también la efectividad del contradictorio[...]» (Carnelutti, Francesco, *Derecho Procesal Civil y Penal*, cit., págs. 29 y 68, respectivamente). En palabras de REDENTI (en cita y traducción tomada de Fairén Guillén, Víctor, «La Humanización del proceso», págs. 215 y 216): «al nivel de la más modesta experiencia empírica, no existe “una” verdad histórica para las partes. Cada una de ellas tiene “su” verdad, según su “*forma mentis*”, bajo la influencia de sus propios intereses y pasiones. Y solo de la prueba y del control crítico de sus “visiones” en contraste, se puede llegar a “la verdad del juez”, que es la que tiene validez para el Ordenamiento jurídico. Todo lo que racionalmente se puede pedir a las partes es que hagan saber sin ambages lo que quieren y lo que piensan y “por qué” piensan y quieren de un modo u otro. Y es a mi parecer, una verdad indeclinable del proceso civil, que las partes (y con ellas los defensores) puedan escoger y ofrecer al juez también los elementos de convicción que, según ellas, pueden favorecer sus tesis opuestas. Sólo así puede conseguirse una “verdad del juez”, siempre a los fines del ordenamiento jurídico, equilibrada, adecuada y no divagante» (Redenti, *L'umanità nel nuovo processo civile*, *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, Milán, Giuffrè, 1962, Vol. I, págs. 759 y sigs. (el trabajo publicado en 1962 es, sin embargo, de 1940).

<sup>69</sup> Sin embargo, este sería, para BARRIOS DE ÁNGELIS, el denominado *contradictorio de subordinación* que caracteriza únicamente determinadas manifestaciones procesales y determinados procesos. En efecto, frente al *contradictorio de coordinación* en el que son las partes enfrentadas las que dan forma a la tesis y antítesis que configura la cuestión litigiosa, existe el *contradictorio de subordinación*, en el que es el propio tribunal el que lo hace pues «El relevamiento mismo [la puesta en relieve del objeto procesal sobre el que se ha de resolver], cuando se efectúa mediante pretensión, o sea, a consecuencia de ella, y antes de toda posibilidad de intervención del demandado, o con exclusión de ella —como ocurre en la jurisdicción voluntaria—, supone una estructura contradictoria de subordinación» (*Teoría del proceso*, 2002, cit., pág. 234). Llega a afirmar este autor que «el [contradictorio] de subordinación se erige como el único necesario, en el sentido de que figura como exigencia de todo proceso (voluntario o contencioso), en tanto que el de coordinación es sólo necesario en el

desencadena, en cambio, un análisis dialéctico, una actividad intelectual (interna) a partir de la contradicción (externa) de posturas y argumentos presentados por las partes (principio de audiencia bilateral: *audiatur et altera pars*). El contradictorio sería la manifestación dinámica y subjetiva del conflicto (incertidumbre) generado por la pretensión, favoreciendo que el conflicto se desarrolle y manifieste en todos sus aspectos. Al tiempo que el contradictorio explicita, delimita y matiza los términos del conflicto, favorece el mecanismo para su resolución, ofreciendo al tribunal el dinamismo intelectual requerido (dialéctica). El mecanismo del contradictorio es un instrumento o artificio (una estructura procesal) que posibilita que el tribunal forme su criterio a través de la dialéctica en torno a una incertidumbre.

Desde el anterior punto de vista, el proceso construye la garantía del contradictorio al determinar con sus normas el desarrollo de un método dialéctico de conocimiento<sup>70</sup>. Ciertamente, con la perspectiva expuesta adoptamos una

---

contencioso» (*ibidem*, págs. 232 y 233). El *contradictorio de subordinación* se manifestaría, también en «el control que los tribunales ejercen sobre los actos de las partes, aisladamente» (*ibidem*, pág. 232). Afirma, en el mismo sentido, que «El derecho positivo de los distintos países es sumamente variado; en cuanto a los contradictorios pueden suponer que no haya acto alguno de parte o del tribunal, que no deba tener su oportunidad de traducirse en oposición; o en que, al contrario, los controles resulten mínimos, tanto en el contradictorio de coordinación como en el de subordinación» (*ibidem*, pág. 233); El autor que citamos, reconoce, sin embargo, que en el proceso contencioso es imprescindible el contradictorio de coordinación pues lo exige «no sólo la implantación de nuestros procesos en las ideologías igualitarias, sino también el principio de autodeterminación» (*ibidem*, pág. 231). Admite, asimismo, la superioridad del contradictorio de coordinación, justificando la atribución de cosa juzgada a la sentencia y no a los demás actos jurídicos por «la simple enunciación de las garantías de justicia que implica el proceso y, en particular, el proceso contencioso. Un órgano decisor imparcial —estructural y funcionalmente—, un agente idóneo —técnica y moralmente— y estructuras de control consideradas un *optimum* por cada ordenamiento nacional. En este último sentido, tanto como en el de importancia política y social, la jurisdicción contenciosa se estima superior a la voluntaria» (*ibidem*, pág. 175). Por nuestra parte, creemos que las manifestaciones descritas del *contradictorio de subordinación* corresponden bien a manifestaciones dudosas de la jurisdicción (jurisdicción voluntaria), bien a manifestaciones instrumentales o secundarias de la misma (es decir, relativas a objetos secundarios de naturaleza procesal). En todo caso, en nuestra opinión, el contradictorio de subordinación sólo se podrá calificar propiamente de contradictorio si, pese a corresponder al tribunal la función de poner de relieve los perfiles de la cuestión litigiosa (de oficio o incluso a instancia de una sola de las partes) y, en su caso, la función de decidir la cuestión sobre dicho conocimiento, puede surgir, en algún momento, la posibilidad de contradicción en forma de audiencia a las partes, sea con carácter previo a la decisión de la cuestión ya puesta en relieve por el Tribunal de modo unilateral, sea en forma de recurso con posterioridad a la decisión adoptada *inaudita parte* (o *partes*). Desde el punto de vista de la decisión inicial del tribunal hay subordinación, pero desde el punto de vista del fenómeno global existe un «contradictorio diferido o eventual» (vid. TARZIA, Giuseppe, «Il giusto processo di esecuzione», *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 2, abril 2002, pág. 335).

<sup>70</sup> En contra de lo afirmado, para CHIOVENDA «la contenciosidad de la relación jurídica [...] no es esencial en absoluto a la jurisdicción [...] puede haber proceso sin controversia (como ocurre

concepción isométrica del proceso según la cual no sólo las partes son iguales entre sí, sino que su labor dialéctica es la base de la decisión de un tribunal que resuelve sobre posturas enfrentadas sin asumir definitivamente ninguna de ellas al menos hasta el momento final de su intervención procesal<sup>71</sup>.

Pese a todo lo expuesto, no debe desconocerse que el contradictorio está en función del acierto de las decisiones del tribunal, y que, por tanto, antes que un axioma, es un instrumento orientado a un fin (la aplicación del derecho por el tribunal contando con la información necesaria). Como tal instrumento, podría ver pervertida su funcionalidad (logrando el resultado opuesto al esperado) si se sometiese la realización jurisdiccional del derecho a la voluntad de cooperación

---

siempre en el juicio en rebeldía), lo que mismo que puede haber proceso en que el demandado reconozca la pretensión del contrato» (pág. 203) y que «no es característica de la jurisdicción voluntaria, por consecuencia, la falta de controversia, sino la falta de dos partes. También la jurisdicción contenciosa, según dijimos, tiene procedimiento sin contienda, pero no sin dos partes; una resolución jurisdiccional puede ser dictada *inaudita parte*, pero siempre contra o frente a una parte, a la que debe notificarse para que pueda impugnarla o cumplirla. En la jurisdicción voluntaria existen dos o más solicitantes, pero no partes» (Chiovenda, G., *Curso...*, 1997 (1936), cit., pág. 204).

<sup>71</sup> PICARDI, tras analizar la evolución del principio del contradictorio (*auditar et altera pars*) desde el *ordo iudiciarius* hasta el momento actual, propone situar de nuevo el contradictorio en el centro del fenómeno procesal en cuanto instrumento de búsqueda de una verdad que se presenta como necesaria e inevitable, sino probable y razonable. Para ello hay que situarse en el ángulo visual del juez, que es quien debe enjuiciar, y de su búsqueda dialéctica de la verdad conducida con la colaboración de las partes a través de técnicas argumentativas y justificativas. Considera este autor que tal principio se sitúa, con toda probabilidad, en la matriz de la noción de «justo proceso». En consecuencia, se opone a la consideración, construida a partir de la edad moderna, del contradictorio como una mecánica contraposición de partes (un juego o una lucha) expresiva de una mera modalidad del procedimiento, como una mera sucesión de actos jurídicos (y, por consiguiente, tan válida como cualquier otra). Invoca, en cambio, la matriz histórico-cultural del contradictorio en el *ordo iudiciarius* medieval donde fue considerado expresión de un *ordo substantialis* y afirmada la matriz iusnaturalística de la máxima *audiatur et altera pars* {tal como expresa Maranta, Roberto, *Tractatus de ordine iudiciorum vulgo Speculum aureum et lumen advocatorum*, Venetiis, 1547. f. 110, n. 3; seguido por el cardenal DE LUCA, *De iudiciis, Theatrum Veritatis et Justitiae*, Venetiis, 1726, I, disc. IX, de citatione, 12, p. 25}. Reclama Picardi el sentido originario del contradictorio en el *ordo iudiciarius* como expresión de una metodología de investigación de la verdad probable, verdad a la que ninguna mente por sí sola podría pretender acceder autónomamente. Tal metodología se resolvía en el *ars opponendi et respondendi*: reglamentación del diálogo que aseguraba la reciprocidad y la igualdad de partes, reflejándose también en el *ordo probationum*. Pone en evidencia como frente a este sistema, calificado de «isométrico», pues asegura la igualdad no sólo entre partes sino entre las partes y el juez, surge en los siglos XVII y XVIII un sistema denominado «asimétrico» apoyado sobre la autoridad jerárquica del Juez que convertido en *homo burocraticus* perdía su función de simple tutor del mecanismo dialógico del *ordo iudiciarius* para asumir la dirección del proceso; de este modo, la racionalidad argumentativa se substituye por una racionalidad objetiva y formalista, derivada de una epistemología empirista o racionalista: se considera que existe una verdad absoluta y objetiva que puede hallarse al margen del contradictorio; el contradictorio se convierte en una mecánica contraposición de tesis formalizada en términos de derechos y obligaciones (Picardi, Nicola, «“Audiatur et altera pars”. Le matrici storico-culturali del contraddittorio», *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 1 (marzo), 2003, págs. 7. a 22).

de ambas partes<sup>72</sup>. Por ello, el alcance de la garantía del contradictorio en el proceso civil viene condicionado por la actitud de las partes: el contradictorio ofrece a cada parte la posibilidad de ser oída sin perjuicio de que pueda admitirse su renuncia a tal posibilidad. Es, asimismo, opción de legislador, atribuir o no un significado específico a la actitud pasiva asumida —voluntariamente— por alguna de las partes, pudiendo derivar de tal actitud una determinada valoración, relevante para formar su convicción (la admisión tácita de los hechos: art. 304 LEC), determinadas consecuencias procesales para la parte pasiva (la declaración de rebeldía: arts. 496 y sigs. LEC) o, incluso, la exigencia legal de condena (como ocurre, precisamente, en los procesos de desahucio por falta de pago de la renta o expiración del plazo del arriendo ex arts. 250.1 y 440.4 LEC/2000 —de los que habremos de ocuparnos con cierto detenimiento más adelante por ser uno de los

---

<sup>72</sup> Precisamente, la desaparición de determinadas interpretaciones extremas del contradictorio no puede considerarse mutación de su sentido profundo. Con todo, PICARDI señala la *litiscontestatio* como una de las fundamentales articulaciones de la que denomina «versión fuerte del contradictorio» en el *ordo iudiciarius*, así como el intenso debate sobre su subsistencia como institución de derecho natural frente a las normas positivas que iniciaron la modificación del *ordo iudiciarius*. Sobre todo la polémica se centra en la legislación canónica y, más en concreto, la denominada *Clementina Saepe contingit* del papa Clemente V, que regulaba un modelo de proceso destinado a resolver controversias «*simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura iudicii*» (Clem. V, 11, 2) y que había prescrito que el juez «*litis contestationem non postulet*» (Clem. V, 11, 2) decayendo con ello la división del juicio en dos fases *ante/post litem contestatam* (Picardi, Nicola, *ibidem*). Por su parte, FAIRÉN señala como antecedente y causa de la *Saepe contingit* («[...] una de cuyas más esenciales medidas era la de suprimir la *litis contestatio*»), el sentimiento presente ya en el Alto Medioevo, principalmente por parte de los canonistas, de liberar el proceso de formalismos inútiles que lo tornaban costoso y largo, y que «el *solemnis ordo iudiciarius* no surtía resultados proporcionados a las fuerzas de toda índole en él invertidas» por lo que «Se hacía precisa una reforma simplificatoria del proceso, dirigiéndolo pre eminentemente a la obtención de la verdad». Fue con este objetivo por lo que varios Pontífices (Alejandro III, Inocencio III, Gregorio IX, Inocencio IV) dictaron disposiciones tendentes a obtener una mayor brevedad en los juicios. Para aclarar las dudas que suscitaban dichas disposiciones se dictó la mencionada norma. Advierte también este autor que ya «[...] los juristas laicos de las ciudades italianas, aun con anterioridad a este famoso acontecimiento [la *Clementina*], previnieron nuevos tipos de juicios declarativos, en los cuales se prescindía igualmente de la *litis contestatio*; así se ve en el *Breve Pisani Communis* (Estatutos de Pisa, revisados en 1286), libro I, Cap. 202 [que Fairén reproduce en su obra]», cuyo ejemplo, fue seguido extensamente en Italia (vid. Fairén Guillén, Víctor, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Bosch, Barcelona, 1953, págs. 31 y sigs.). Así pues, para este autor, la *litis contestatio* desterrada no era ya un instrumento eficaz al servicio de la búsqueda de la verdad sino un simple mito jurídico, entendido el concepto de mito como «persistencia del fenómeno formal a pesar de no subsistir ya el marco de condiciones políticas —político-jurídicas— sociales y aun estrictamente procesales adecuado al mismo» (*ibidem*, pág. 35). En efecto, la necesidad de concertar la *litis contestatio* habría desaparecido ya en el Derecho romano imperial—y con ella el sistema formulario dando paso al sistema de la *cognitio extra ordinem*— al desaparecer la relevancia de la voluntad de las partes una vez que el proceso pasó a desarrollarse íntegramente ante el magistrado o ante un *iudex* designado por éste (*iudex datus*) (*ibidem*, pág. 138).

procesos de los que típicamente se sigue el lanzamiento—), sin que nada de ello afecte a la esencia del mecanismo del contradictorio tal como lo hemos descrito<sup>73</sup>.

### 3.5. Principio de eficacia

La concurrencia de las garantías hasta ahora expuestas fundamenta la atribución de una singular eficacia a la realización o aplicación del derecho por el tribunal, al orden jurídico que de ella dimana y a la satisfacción jurídica que proporciona. Tal eficacia debe ser considerada, en sí misma, una garantía que distingue la realización jurisdiccional de otras formas de realización o aplicación del Derecho.

La eficacia concreta que se atribuye a la actuación del tribunal está muy vinculada a las diferentes formas de realización del derecho o satisfacción (modalidades de tutela) que con el proceso se obtienen. Tratándose de la modalidad de tutela declarativa, en la cual la satisfacción consiste en la especificación (*accertamento*, en la muy expresiva terminología italiana) del derecho aplicable al caso concreto, la garantía de eficacia se manifiesta, en primer lugar, en la certeza o presunción de verdad (*res iudicata pro veritate habetur*)<sup>74</sup> atribuida a la declaración jurisdiccional formulada en el juicio o

---

<sup>73</sup>Según CARNELUTTI, «El proceso, naturalmente, se debe poder desarrollar también con una sola parte (en contumacia), ya que de otro modo sería fácil, absteniéndose de participar en él, frustrar los fines de la justicia impidiendo que se repare el desorden; pero con una parte sola, el proceso funciona mal y existe el riesgo de llegar a una decisión injusta» (Francesco Carnelutti, *Derecho Procesal Civil y Penal*, pág. 68). En el mismo sentido, ALCALÁ ZAMORA, aun admitiendo, en principio, la existencia de procesos sin contradictorio, estima que ello exigiría admitir la existencia de procesos sin relación jurídica procesal por lo que postula la existencia en estos casos de una relación jurídica latente o potencial «puesto que si bien uno de los sujetos, el demandado, no interviene activamente, se encuentra determinado como litigante y está facultado para actuar posteriormente en plano de igualdad procesal.» (Alcalá-Zamora Castillo, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., 1991 (1947), págs. 151 y 152); COUTURE, por su parte, señala que «[...] jurisdicción voluntaria [...] ni es jurisdicción [...] ni es voluntaria [...]. En él, el peticionante o pretensor no pide nada contra nadie. Le falta, pues, un adversario. Él no es parte, en sentido técnico, porque no es contraparte de nadie. Tampoco tiene controversia. Si esta apareciera, si a la pretensión del peticionante se opusiere alguien que se considerara lesionado por ella, el acto judicial no jurisdiccional se transforma en contencioso y, por lo tanto, en jurisdiccional. Todo acto no contencioso, lleva contienda en potencia. La condición del juez en esta materia difiere en cierto sentido de su actuación en materia jurisdiccional. Al actuar *inaudita altera pars*, carece de uno de los elementos más convenientes a la emisión de un juicio jurídico: la comprobación de una tesis con su antítesis.» (Couture, E. J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 2002 (1942), cit., pág. 41).

<sup>74</sup>BARRIOS DE ÁNGELIS califica de «satisfacción genérica» a esta forma de satisfacción «[...] que proporcionan todas las sentencias, definitivas o interlocutorias, provisionales o no, en cuanto establecen qué es, y cómo es el objeto existencial, es decir, en qué consiste, de hecho y de derecho,

sentencia, de modo que la existencia y alcance del orden jurídico establecido por la norma para el caso concreto será tal y como declara públicamente el tribunal en su sentencia (y no ningún otro postulado o sostenido por las partes), y, en segundo lugar, en la autoridad o eficacia vinculante de lo así declarado (para las partes)<sup>75</sup>. Los mencionados efectos de certeza y autoridad de lo declarado se ven reforzados cuando la declaración del Tribunal, una vez firme, alcanza también permanencia o estabilidad (inmutabilidad) lo que consolida los efectos de certeza y autoridad. El conjunto de efectos que garantizan la eficacia de la tutela jurisdiccional declarativa (certeza, autoridad e inmutabilidad) puede ser subsumido bajo el concepto de cosa juzgada. Debe matizar el alcance de la noción de cosa juzgada para distinguirla de algunos efectos que, aunque

---

la situación de la vida real» (Barrios de Ángel, D., *Teoría del Proceso*, 2002, cit., pág. 203) y de ella dice que «[...] es la manifestación más característica de la jurisdicción, la que luce como el modo oficial de alcanzar la certeza en el grado máximo; es decir, dados sus presupuestos, como certeza de la cosa juzgada [...] recubrimiento del objeto existencial con la capa inmaterial de la certeza oficial máxima. Ese recubrimiento, esa estabilización jurídica, es ya una transformación del objeto [...] la aparentemente anodina satisfacción genérica, la que semeja “dejar las cosas como están”, paraliza de modo coactivo, es decir, excluyendo la libre voluntad del perdidoso, todas sus posibilidades de demostración de la verdad conculcada por la sentencia» (*ibídem*, págs. 205 a 207). También FERNÁNDEZ-BALLESTEROS señala que «la sentencia en que se fije de modo definitivo la realidad de tal derecho es ya una forma de tutela. Incluso puede ser que una tutela virtualmente completa. Así sucede cuando baste al interés del actor el simple reconocimiento —judicial— de la existencia y/o modo de ser del derecho que fue cuestionado (sentencias meramente declarativas); o cuando la sentencia dictada en el proceso declarativo produce, por sí sola, la deseada creación modificación o extinción de una relación o situación jurídica determinada (sentencias constitutivas)» (Fernández-Ballesteros, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Iurgium, Madrid, 2001, pag. 26).

<sup>75</sup> CHIOVENDA expresa el carácter general vinculante (como acto de autoridad) de toda sentencia destacando su vínculo con la propia ley aplicada por el tribunal. Reconoce, además, la existencia en la sentencia de condena, de un segundo efecto vinculante cuyo destinatario es el propio tribunal: «[...] la palabra condena, [...] no es verdaderamente, respecto a la parte derrotada, un acto autónomo de voluntad del juez, no es un mandato del juez; es la formulación de un mandato contenido en la ley, y es un acto de voluntad del juez sólo en este sentido, que el juez quiso formular el mandato de la ley. Por tanto, cuando se ve en la parte dispositiva de la sentencia un acto de voluntad, un mandato, se da a entender que el mandato de la ley adquiere en la sentencia un nuevo vigor de hecho, una mayor fuerza obligatoria, y que la sentencia, como acto de autoridad, tiene virtud de mandato paralelamente a la ley. Resulta común a toda sentencia, de condena, constitutiva o de pura declaración; en cualquier caso, la sentencia obliga como acto de autoridad, es decir, la voluntad de la ley formulada por una autoridad que sólo puede formularla. La esencia de la sentencia está, por tanto, siempre, en esta formulación autoritaria, [...] por lo cual es erróneo reducir la diferencia entre sentencia de declaración y de condena a la diferencia entre un mero juicio lógico y un acto de voluntad. En otro sentido, la sentencia de condena realmente da vida a un nuevo mandato, respecto a los órganos encargados de la ejecución, y en esto está la diferencia con la sentencia de declaración. [...] La declaración puede, por tanto, tener dos funciones: a) Hacer cierto el derecho, con todas las ventajas derivadas directamente de esta certidumbre; y b) Preparar la ejecución, formando la convicción de los órganos del Estado para la ulterior actuación del derecho. En la sentencia de condena, la declaración tiene sus dos funciones unidas» (Chiovenda, G., *Curso...*, 1997 (1936), cit., pág. 72).



frecuentemente solapados con ella, no le corresponden en exclusiva<sup>76</sup>. En particular, se ha destacado que la ejecutividad de la sentencia de condena no es un efecto derivado de la cosa juzgada, pues si bien es atribuible a la certeza y autoridad que a la sentencia confiere la cosa juzgada (expresión positiva de la cosa juzgada material), no es exclusiva de las sentencias dotadas de dicha eficacia (como puede comprobarse por la posibilidad de ejecución provisional de sentencias no firmes y, por tanto, todavía sin la cualidad de cosa juzgada al carecer de la permanencia a ésta asociada<sup>77</sup>). En todo caso, la cosa juzgada

---

<sup>76</sup> Así lo considera BARRIOS DE ÁNGELIS (*Teoría del Proceso*, 2002, cit., págs. 167 a 170), quien relaciona la cosa juzgada con la cualidad de la sentencia que atribuye a lo decidido en ella la presunción de verdad —*res iudicata pro veritate habetur*—, autoridad e inmutabilidad, una vez concurren determinados requisitos (que la sentencia se dicte en única instancia, la no promoción de los recursos ordinarios o la desestimación de los que se hayan deducido). Este autor considera erróneo identificar la cosa juzgada con otros efectos de la sentencia que, si bien pueden verse amparados o potenciados por la misma, operan en cierto grado con independencia de ella. Así, separa la cosa juzgada de la imperatividad o cualidad vinculante de la sentencia, que se manifiesta bien como ejecutividad (a través del ejercicio de la *actio iudicati*), bien como inmutabilidad, sobre todo la “inmutabilidad relativa” (que califica de “inimpugnabilidad”). Concluye este autor que la eficacia de la sentencia no es equivalente de cosa juzgada pues hay sentencias ejecutables sin ser firmes (ni estar, por consiguiente, dotadas de cosa juzgada) y queda, asimismo, un pequeño margen de inmutabilidad ajeno a la ejecutoria. Pero termina afirmando que «no hay duda de que todas esas condiciones o cualidades se dan de modo óptimo como eficacia de la cosa juzgada; o, simplemente, como cosa juzgada en su acepción de eficacia de la sentencia» (*ibidem*, pág. 170). También en este sentido, DE LA OLIVA considera que «la cosa juzgada formal significa algo distinto de la “firmeza” e “inimpugnabilidad” [...] estos dos términos se limitan, en sí mismos, a expresar dos caracteres negativos: la imposibilidad de revocar la resolución y de sustituirla por otra distinta. La cosa juzgada formal hace referencia a algo diferente, aunque indisolublemente unido a la firmeza e inimpugnabilidad. [...] son de notar ciertos casos de resoluciones que, pese a convertirse en firmes, en el sentido de inimpugnables, no producen la cosa juzgada formal. Así, p. ej., las relativas a la admisión de determinados recursos devolutivos, cuando el Tribunal *ad quem* puede rectificarse a sí mismo o al tribunal *a quo* [...]» (De la Oliva Santos, Andrés, *Sobre la cosa juzgada*, CERA, Madrid, 1991, pág. 20). En cuanto a la ejecutoriedad también la distingue este autor de la cosa juzgada, pues «[...] es erróneo entender que la cosa juzgada designa o comprende todos los efectos de las resoluciones o, si se quiere, más específicamente, de las sentencias sobre el fondo, dotadas de firmeza. La sentencia firme de condena genera un deber para el condenado y, en su caso, para el juez executor, esto es, para el Estado en cuanto titular de la vertiente ejecutiva de la función jurisdiccional. Pero este efecto no forma parte de la cosa juzgada, aunque el mismo TC se confunda al respecto, como se aprecia en la STC 15/1986, de 31 de enero» (*ibidem*, pág. 27). Del mismo modo, afirma que no integra la eficacia de la cosa juzgada (formal) la imposibilidad o ilicitud jurídica de que un órgano jurisdiccional dicte en el proceso de ejecución resoluciones que desborden o vayan más allá de lo decidido en la sentencia y «[...] pese a que afirme lo contrario el ATS 4.ª de 2 de julio de 1984, se impone la respuesta negativa [...] como sabemos, la ejecutoriedad no requiere siempre de la firmeza» (*ibidem*, pág. 28).

<sup>77</sup> FERNÁNDEZ BALLESTEROS considera la ejecutividad «una cualidad exclusiva de las sentencias de condena firmes o declaradas provisionalmente ejecutables que concede al actor, si lo pide, la posibilidad de hacer realidad lo declarado en la sentencia o lo contenido en el título ejecutivo, dándole acceso a la ejecución forzosa» mientras que la cosa juzgada supone «la imposibilidad de someter de nuevo a la consideración judicial la misma materia que fue objeto del proceso (función

forma parte esencial de la garantía de eficacia que caracteriza e identifica la realización jurisdiccional del Derecho<sup>78</sup>.

No obstante el carácter ancilar que para la jurisdicción representa la cosa juzgada (y el resto de los efectos predicables de la sentencia)<sup>79</sup> no creemos que pueda monopolizar la identidad de la aplicación jurisdiccional del Derecho (la jurisdicción). Si bien es cierto que sin dichos efectos no habría plenitud de tutela o satisfacción jurídica, también lo es que tales efectos sirven a la jurisdicción sólo en la medida que la sentencia es producto de una actividad procesal en la que ya están presentes el resto de las garantías previamente expuestas. En definitiva, el proceso se caracteriza acertadamente como «*processus iudicii*»<sup>80</sup> pues si bien la realización del derecho con satisfacción del orden jurídico o interés jurídico se corresponde con la «dicción del derecho» (el *iudicium*) dotado de una eficacia característica (cosa juzgada), dicho momento es resultado de la precedente actividad de cognición dotada de garantías al servicio de su acierto (el *processus*) y está justificado por ella, no siendo concebibles (como tal jurisdicción) un momento sin el otro. Si faltara cualquiera de los momentos (proceso o juicio) no habría «tutela efectiva» en el sentido constitucional.

---

negativa de la cosa juzgada), o la vinculación del Juez de un segundo proceso a lo decidido en el primero (función positiva de la cosa juzgada)» (*La ejecución forzosa y las medidas cautelares (en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil)*, Iurgium, Madrid, 2001, pág. 450, nota 2).

<sup>78</sup> También MONTERO AROCA, quien afirma que «La cosa juzgada da sentido a todo el proceso de declaración y, más en general, explica el mismo significado de la jurisdicción» (Montero Aroca, Juan, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXV-1995, pág. 69 y sigs.).

<sup>79</sup> Para BARRIOS DE ÁNGELIS «La fuerza espectacular de la cosa juzgada, su poder de transformar, de hacer de *albo nigrum*, han creado su mito, aun su mística, y conducido a considerarla, por algunos, como la esencia misma de la jurisdicción y del proceso. Sin embargo, el descubrimiento de que derechos arcaicos la desconocen; el hecho de que los países anglosajones la apliquen con una elasticidad que merece el calificativo de “fragilidad”; permite apreciar que si bien resulta característica, no parece esencial» (Barrios de Ángelis, Dante, *Teoría del Proceso*, 2002, cit., pág. 166). En cambio, en la STC 314/1994, de 28 de noviembre (Sala Primera; ponente Rafael de Mendizábal Allende), el TC afirma que «la inmutabilidad de las resoluciones judiciales firmes se incorpora por derecho propio como un elemento inherente a la tutela judicial en su dimensión existencial, marcada por la efectividad, sin que en ningún caso pueda calificarse como un aspecto extrínseco accesorio o formal de este derecho fundamental tan complejo (SSTC 119/1988 y 16/1991)» (FJ 2)

<sup>80</sup> Vid. RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho y Proceso*, J.M. Bosch, Barcelona, 1979, págs. 241 y sigs.

Si bien la eficacia de la resolución del tribunal puede colmarse con el efecto señalado (cosa juzgada), como eficacia propia de la «tutela mero declarativa»<sup>81</sup>, el principio de efectividad va más allá. En ocasiones la certeza (presunción de verdad), autoridad (carácter vinculante) y permanencia (inmodificabilidad) otorgadas por la declaración judicial del derecho (los efectos propios de la cosa juzgada) son puestas por la norma material como supuesto de hecho de un ulterior efecto jurídico: la creación, modificación o extinción de situaciones o relaciones jurídicas, eficacia propia de la «tutela constitutiva»<sup>82</sup>. Asimismo, la declaración del tribunal relativa a una prestación a cargo del deudor (condena) en cuanto goza de la posibilidad de su coerción futura (ejecutividad de la sentencia: potencialidad de ejecución forzosa) muestra una nueva garantía de eficacia para aquel derecho ya declarado y cuya certeza, autoridad y permanencia han quedado establecidas (juzgadas). La que denominamos garantía de eficacia de la aplicación jurisdiccional del derecho se prolonga y multiplica en el proceso de ejecución mediante el efecto sustitutivo y coercitivo que la actividad del órgano jurisdiccional produce sobre la esfera jurídica del deudor sujeto a responsabilidad, permitiéndole atribuir al acreedor el interés reconocido en la sentencia y afectado por el incumplimiento<sup>83</sup>. Finalmente, la tutela cautelar participa de características

---

<sup>81</sup> Puede ser equívoca la denominación de efecto “mero declarativo”; COUTURE afirma con acierto que «La jurisdicción es [siempre] declarativa y constitutiva al mismo tiempo. Declara el derecho preexistente y crea nuevos estados jurídicos de certidumbre y de coerción inexistentes antes de la cosa juzgada» (Couture, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 36). Por su parte, BARRIOS DE ÁNGELIS afirma que «[...] también la aparentemente anodina satisfacción genérica, la que asemeja “dejar las cosas como están”, paraliza de modo coactivo, es decir, excluyendo la libre voluntad del perdidoso, todas sus posibilidades de demostración de la verdad conculcada por la sentencia» (Barrios de Ángelis, D., *Teoría del Proceso*, 2002 (1942), cit., pág. 207).

<sup>82</sup> BARRIOS DE ÁNGELIS, califica de «satisfacción específica» la que «se funda en la satisfacción genérica y tiene su razón de ser en la insuficiencia de ésta para eliminar la insatisfacción». Esta segunda forma de satisfacción «se integra con dos especies, que llamaremos, satisfacción constitutiva y satisfacción ejecutiva, respectivamente» y consisten «en la transformación de situaciones jurídicas del objeto, solas o acompañadas de desplazamientos o transformaciones de bienes o personas». En ambas especies «se puede apreciar que la satisfacción genérica —la actividad que tiene por finalidad el otorgamiento de la certeza— constituye el supuesto necesario. [...] Si bien la satisfacción genérica y la constitutiva ocurren en el mismo tiempo procesal, son procesalmente simultáneas (porque su fecha es asignada a la del acto que logra la finalidad, la sentencia), son lógica y ontológicamente distintas, aun prescindiendo de sus efectos». Respecto de la constitutiva «[...] al que solicita el divorcio no le basta con que se declare que la causal existió y que tuvo razón al promover el proceso. Necesita que el vínculo matrimonial se disuelva mediante esa declaración; o que dicha declaración de su acierto vaya acompañada de otra que provoque la disolución del vínculo al cual tiene derecho» (*ibidem*, págs. 205 y 206).

<sup>83</sup> BARRIOS DE ÁNGELIS la considera parte de la «satisfacción específica» (propia sólo de

de las tutelas ya expuestas de las que se distingue únicamente por su carácter instrumental (al estar en función de otra tutela ulterior, en proyecto o en curso de prestarse a través de otro proceso) y provisional (confirmándose o revocándose en atención al resultado del proceso conexo), siendo garantía o aseguramiento temporal de la futura (y eventual) satisfacción que las otras dos formas de tutela proporcionan<sup>84</sup>.

Debe matizarse la exposición anterior considerando el carácter bifronte de la acción: si bien es cierto que la actividad satisfactiva del tribunal en el proceso puede ser favorable a la pretensión del demandante, con la eficacia jurídica que acabamos de describir, no puede perderse de vista que la satisfacción jurídica puede también serlo para el demandado, por desestimación de la demanda (sentencia absolutoria o sobreseimiento de la ejecución)<sup>85</sup> sin que pueda negarse en estos casos también se otorga una tutela (mero declarativa) en aplicación del derecho (a favor del demandado).

---

ciertas manifestaciones de la jurisdicción), y la define como «la actividad que tiene por fin el desplazamiento o la transformación de bienes o personas [...] Desplazamiento significa cambio de lugar; transformación, cambio de forma, de modo o de sustancia. El desplazamiento coactivo de cosas y de personas se ilustra fácilmente con el ejemplo de un lanzamiento, o desalojo forzado; la transformación de cosas se da en la demolición de la construcción violatoria de una servidumbre de luces, por ejemplo. Una situación compleja, como transformación coactiva material, es la de la denominada “venta judicial” o “expropiación” [...] opera una modificación de los derechos subjetivos, a la manera de las sentencias constitutivas, respecto de un bien [...] Pero la transformación material ocurre más bien como resultado de la venta misma, al sustituirse el bien vendido por otro bien: el dinero producto de la venta forzada» (*ibidem*, págs. 206 a 208).

<sup>84</sup> FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ afirma que «La esencia —la razón de ser de toda medida cautelar— consiste en ser instrumental, subordinada, accesoria o dependiente de un proceso de declaración. O dicho de otro modo: las medidas cautelares no están pensadas “en vez de” el proceso de declaración; sino, “mientras” o “durante” él. [...] resulta claro que las medidas cautelares existen porque existe —o existirá en breve— un proceso de declaración y para hacer posible un futuro —y eventual— proceso de ejecución» (Fernández-Ballesteros López, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Iurgium, Madrid, 2001, págs. 678 y 679). BARRIOS DE ÁNGELIS considera que esta satisfacción cautelar «puede ser genérica o específica; y en el segundo caso, es con gran frecuencia ejecutiva» (Barrios de Ángelis, Dante, *Teoría del Proceso*, 2002, cit. pág. 213) ello se explica porque «lo cautelar no puede darse sino en el conocimiento o en la ejecución» (*ibidem*, pág. 210) pero lo cautelar surge por «una nueva finalidad —una finalidad aditiva—» (*ibidem*, pág. 211).

<sup>85</sup> La denominada por CHIOVENDA «voluntad negativa de la ley».



1. Elementos distintivos del proceso de ejecución forzosa (85)	
1.1. El título ejecutivo como presupuesto específico de la ejecución. . . . .	<a href="#">85</a>
1.1.1. El título ejecutivo como fundamento de presunciones legales. . . . .	<a href="#">85</a>
1.1.2. El título ejecutivo: fundamento del derecho al despacho de ejecución. . . . .	<a href="#">89</a>
1.1.3. Naturaleza de la presunción contenida en el título ejecutivo. . . . .	<a href="#">93</a>
1.2. Características particulares de la actividad jurisdiccional en la ejecución forzosa. . . . .	<a href="#">95</a>
1.2.1. La ejecución forzosa como actividad jurisdiccional sustitutiva. . . . .	<a href="#">95</a>
1.2.2. La ejecución forzosa como actuación jurisdiccional coercitiva. . . . .	<a href="#">100</a>
1.2.3. La actuación ejecutiva como actuación material. . . . .	<a href="#">107</a>
1.3. La posición jurídica del demandado en la ejecución: responsabilidad. . . . .	<a href="#">110</a>
1.3.1. La responsabilidad como situación de sometimiento del ejecutado. . . . .	<a href="#">110</a>
1.3.2. La esfera jurídica del deudor como objeto de responsabilidad. . . . .	<a href="#">112</a>
2. Las garantías de eficacia en el proceso de ejecución (125)	
2.1. Razón de ser de la garantía de eficacia: el conflicto de voluntades. . . . .	<a href="#">125</a>
2.2. Fundamento constitucional del principio de eficacia. . . . .	<a href="#">127</a>
2.3. Manifestaciones de la garantía de eficacia en el proceso de ejecución. . . . .	<a href="#">131</a>
3. Las garantías de acierto en el proceso de ejecución (158)	
3.1. Exigencia de garantías de acierto y eficacia en todo proceso. . . . .	<a href="#">158</a>
3.1.1. Las garantías de eficacia corresponden a toda manifestación jurisdiccional. . . . .	<a href="#">158</a>
3.1.2. Insuficiencia de la garantía de eficacia en el proceso de ejecución. . . . .	<a href="#">159</a>
3.2. Razón de ser de las garantías de acierto en el proceso de ejecución forzosa. . . . .	<a href="#">164</a>
3.2.1. El objeto del proceso de ejecución como incertidumbre. . . . .	<a href="#">164</a>
3.2.2. Manifestaciones de la incertidumbre en el proceso de ejecución. . . . .	<a href="#">169</a>
3.3. Garantías de acierto en el proceso de ejecución. . . . .	<a href="#">186</a>
3.3.1. Principio de imparcialidad. . . . .	<a href="#">188</a>
3.3.2. Principio dispositivo. . . . .	<a href="#">190</a>
3.3.3. Principio de conflictividad. . . . .	<a href="#">192</a>
3.3.4. Principios de conexión con el derecho material y de proporcionalidad. . . . .	<a href="#">195</a>
3.3.5. Principio de contradicción. . . . .	<a href="#">238</a>

---

## 1. Elementos distintivos del proceso de ejecución forzosa

### 1.1. El título ejecutivo como presupuesto específico de la ejecución

#### 1.1.1. El título ejecutivo como fundamento de presunciones legales

En el proceso de ejecución, la pretensión de satisfacción jurídica que da origen a todo proceso se ampara siempre en un título ejecutivo: así lo establece el art. 517.1

LEC<sup>86</sup>. Dicho título es un acto jurídico o un complejo de actos y hechos jurídicos reflejados (al menos parcialmente) en un documento<sup>87</sup> de los que el ordenamiento

---

<sup>86</sup> Según este artículo: «La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución»; en rigor, lo que se funda (en todo caso) en el título ejecutivo no es la acción sino el derecho al despacho de ejecución. La acción ejecutiva, como derecho a la satisfacción, requiere y aun nace del título pero también de la concurrencia (o no concurrencia) de otras circunstancias en el momento de formularse la pretensión, entre otras, la de que no se halle extinguida o enervada por hechos extintivos o excluyentes.

<sup>87</sup> Se ha discutido si el título es realmente el acto jurídico (la resolución jurisdiccional, el otorgamiento de hipoteca, etc.) que resulta documentado, tesis representada por LIEBMAN, o el documento mismo que refleja y constata dicho acto, tesis representada por CARNELUTTI. Vid., al respecto, SOLCHAGA LOITEGUI, Jesús, *El procedimiento de apremio sobre inmuebles*, Aranzadi, Pamplona, 1986, pág. 111. Lo cierto es que, en nuestro derecho, los actos jurídicos que pueden amparar una ejecución sólo son relevantes para el proceso de ejecución en cuanto constan en documentos típicos, dotados de determinadas características (art. 517.2 LEC). Para CHIOVENDA dicha constancia es «la llamada incorporación, que se da en el caso de créditos ligados a la posesión del documento, desde el billete de banco hasta el título a la orden» (Chiovenda, Giuseppe, *Curso de Derecho Procesal Civil*, Harla, Mexico, 1997 (edición original, Napoli, 1936), pág. 134). Podría decirse que el acto es irrelevante para la ejecución si no figura documentado, pero también que para la ejecución basta la mera apariencia documental de un acto aun cuando no responda a un acto realmente producido (serían verdaderos títulos ejecutivos aquellos que adoleciesen de nulidad absoluta, inexistencia o falsedad). MONTERO AROCA y FLORS MATÍES sostienen, en el mismo sentido, que «partiendo de que en el título ejecutivo existe un acto jurídico, del que nace una obligación, y un documento, que es la representación de la misma, siempre restará por determinar que es lo esencial del título, [...] Precisar que el acto jurídico no es lo esencial para fijar el hecho constitutivo del título ejecutivo es muy sencillo; tanto como observar que la inexistencia del acto jurídico, siempre que exista documento, no impide poner en marcha la ejecución, mientras que lo mismo no ocurre al revés, es decir, la inexistencia del documento siempre comporta la inexistencia del título. Desde el punto de vista de la ejecución el documento no interesa tanto como representación de la obligación, sino por sí mismo. [...] es decir, el documento no es un medio de prueba de la obligación sino el presupuesto legal de la actividad jurisdiccional. Lo que se está afirmando básicamente es que el supuesto de hecho constitutivo del título tiene carácter típico y naturaleza procesal» (Montero Aroca, Juan; Flors Maties, José, *Tratado del proceso de ejecución civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, tomo I, págs. 90 y 91). Sin embargo, tal concepción es rebatible, pues, por una parte, no siempre basta con la documentación debiendo añadirse a la misma ciertos hechos jurídicos (como el vencimiento de un plazo o que el valor de la pretensión importe una suma determinada —art. 520 LEC—) para que tales documentos puedan operar como títulos ejecutivos. Según FERNÁNDEZ BALLESTEROS, «Título ejecutivo es, en rigor, cada uno de aquellos conjuntos de hechos típicos que fundan —o que conceden— el derecho al despacho de la ejecución. La causa o razón de que la ejecución se incoe [...] El viejo litigio sobre si “título ejecutivo” es un acto —en realidad un conjunto de hechos— o es un documento, proviene solo del empeñamiento en observar la realidad sólo parcialmente. Lo que, por lo demás, en nada obsta a la averiguación de cuál de ambos sentidos designa lo que es esencial al título ejecutivo y cual de ellos designa lo más accidental: la forma en que externamente se documenta» (Fernández-Ballesteros López, Miguel Ángel, *El proceso de ejecución*, 1982, págs. 53 y siguientes; del mismo autor, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, 2001, cit., págs. 69 y 70 —especialmente en notas 3 y 4—). Señala DE LA OLIVA la existencia en el ámbito de los títulos ejecutivos de títulos judiciales complejos integrados por una resolución jurisdiccional (auto, como regla), aunque la resolución sola carezca de fuerza ejecutiva y el título ejecutivo únicamente quede perfeccionado o integrado con otra resolución (caso, ya citado, del auto que especifica o individualiza los beneficiarios de una sentencia de condena [...] o con un comportamiento posterior

deriva una presunción relativa al nacimiento válido, vigencia y eficacia de un deber de prestación incumplido a cargo del demandado (un ilícito civil) y, correlativamente, la presunción de existencia, vigencia y eficacia de un derecho público (acción ejecutiva) del demandante a obtener la actuación coercitiva y sustitutiva del tribunal sobre de la esfera jurídica del deudor sujeta a inmisión (en virtud de la responsabilidad impuesta como sanción por el ilícito) con el fin de satisfacer el interés u orden jurídico desconocido<sup>88</sup>. Cuando el título ejecutivo es una sentencia de condena, el fundamento que explica las presunciones mencionadas consiste en haberse constatado, a través de todas las garantías propias de un proceso de declaración previo, el incumplimiento de una prestación debida (o, en sentido más amplio, la comisión de un ilícito civil) y en haberse determinado y declarado, mediante dicho proceso declarativo, el alcance de la prestación subsiguiente a dicho ilícito<sup>89</sup>. La constatación del ilícito y la precisión de sus consecuencias se realiza en la sentencia de condena que, como acto jurídico (declaración de voluntad del tribunal) incorporado a un documento, constituye el título ejecutivo. La sentencia de condena incorpora las garantías de eficacia propias del proceso declarativo:

---

a la resolución» (de la Oliva Santos, Andrés, con Vegas Torres, Jaime y Díez-Picazo Giménez, Ignacio, *Derecho procesal Civil. Ejecución Forzosa. Procesos especiales*, CERA, Madrid, 2000, pág. 41).

<sup>88</sup> DE LA OLIVA expresa tal idea cuando afirma que: «En la demanda ejecutiva se afirma, como en la demanda del proceso civil declarativo, la existencia de una acción. Y, con el título ejecutivo, a diferencia de los casos de demandas que inician el proceso de declaración, la existencia de la acción pasa a tenerse por suficientemente justificada, arrojándose sobre el sujeto pasivo la carga de alegar y probar que la acción ejecutiva no existe en realidad» (DE LA OLIVA Santos, Andrés, *Derecho Procesal civil. Ejecución Forzosa. Procesos especiales* (con Díez-Picazo Giménez, Ignacio y Jaime Vegas, Andrés), CERA, Madrid, 2000, pág. 34). SERRA DOMÍNGUEZ, considera, a este respecto, que «Los títulos ejecutivos representan una apariencia de derecho tan sólida que su misma exhibición hace suponer la existencia del crédito, lo que a efectos procesales equivale a que el título sustituye al crédito primitivo» (Serra Domínguez, Manuel, «Juicio ejecutivo», voz en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. VIII, Seix, Barcelona, 1956).

<sup>89</sup> Está implícito en nuestro razonamiento que la obligación incumplida, la presentación a cargo del deudor que origina la sentencia de condena, no se extingue, aunque, como consecuencia del incumplimiento, pueda adoptar una fisonomía distinta de la prestación originaria. Tal prestación a cargo del deudor que constata la sentencia de condena y no la prestación originaria previa al incumplimiento, contenido de la obligación, delimita la prestación ejecutiva del tribunal y, por consiguiente, el derecho del demandante a dicha prestación (acción) y la sujeción del deudor a la misma (responsabilidad). En este sentido, CHIOVENDA afirmaba que «mientras el derecho de obligación, aun después del incumplimiento, conserva su tendencia hacia la prestación del obligado, el derecho de acción aspira a la adquisición del bien garantizado por la ley con todos los otros medios posibles; y el proceso, en el que deben desplegarse estos medios, no sirve para obtener el cumplimiento de la obligación, sino para la adquisición del bien garantizado por la ley con todos los medios posibles externos a la obligación, que se manifiesta como instrumento insuficiente son, por lo tanto, dos derechos subjetivos distintos, que solamente unidos cubren la plena voluntad concreta de la ley» (Chiovenda, Giuseppe, *Curso...*, 1997 (1936), cit., pág. 13).



certeza, autoridad e imperatividad, y, bajo ciertas condiciones (no haber sido recurrida o, en su caso, haberse desestimado el recurso interpuesto; concurrencia de las condiciones para la ejecución provisional), permanencia o estabilidad y ejecutividad (correlativamente, de modo respectivo, a las condiciones expuestas). Así pues, la presunción otorgada al título puede considerarse una manifestación necesaria de la eficacia que se atribuye al proceso declarativo de condena y, en este sentido, una exigencia de la «tutela efectiva» consagrada en el art. 24 CE.

El fundamento de las presunciones relativas al nacimiento, vigencia y eficacia que nuestro Ordenamiento deriva de títulos distintos de la sentencia varía según los casos y, en general, es el resultado de una decisión del legislador y no de una exigencia constitucional<sup>90</sup>. Se trata, por lo general, de títulos en los que concurren características y condiciones que permiten inferir racionalmente la existencia, validez y eficacia de una obligación de prestación a cargo del deudor, su estado de incumplimiento en el momento de ser formulada la pretensión ejecutiva y, a partir de este incumplimiento, el nacimiento del derecho a una prestación a favor del acreedor y a cargo del tribunal (la acción ejecutiva) a expensas del deudor (responsabilidad)<sup>91</sup>. Tal inferencia puede apoyarse en la identidad de los sujetos que intervienen en la formación del acto jurídico titulado (cuando, por ejemplo, el nacimiento de la obligación procede de la expresión de voluntad acorde de ambas partes ante un fedatario público —art. 517.2.4º y 5.º

---

<sup>90</sup> La EXPOSICIÓN DE MOTIVOS de la LEC define los títulos ejecutivos extrajudiciales como «instrumentos que, por poseer ciertas características, permiten al Derecho considerarlos fundamento razonable de la certeza de una deuda, a los efectos del despacho de una verdadera ejecución forzosa» (Exp. M. LEC 1/2000, XVII, párrafo 8.º).

<sup>91</sup> En tal sentido se afirma la tipicidad del título. Según MONTERO AROCA y FLORS MATÍES: «La tipicidad supone que no se pueda dar un concepto abstracto de título ejecutivo y partiendo del mismo buscar en la realidad jurídica documentos que se acomoden a este concepto. Esa labor es inútil porque el título ejecutivo no es una categoría. Documentos título ejecutivo son los que el legislador quiere que sean» (Montero Aroca, Juan; Flors Maties, José, *Tratado del proceso de ejecución civil, 2004*, cit., pág. 91). Con todo, DE LA OLIVA, aun pensando que «lo que convierte un documento en título ejecutivo es una disposición de la ley, que puede estar fundada en muy diversas razones», matiza, en nuestra opinión con acierto, que «la ley no puede crear un título ejecutivo sobre cualquier base [...] si quiere seguir siéndolo y no desvirtuarse por irracionalidad, no puede convertir en título ejecutivo cualquier objeto y ni siquiera cualquier documento. Para fundamentar, de modo directo o indirecto, la actuación de sanciones, el título ejecutivo ha de manifestar, *prima facie*, la existencia de un deber jurídico y, a su vez, permitir considerar existente la infracción de ese deber» (De la Oliva Santos, Andrés; Díez-Picazo Giménez, Ignacio; Vegas Torres, Jaime, *Derecho Procesal civil. Ejecución Forzosa. Procesos especiales*, CERA, Madrid, 2000, págs. 35 y 36).

LEC—), en ciertas características del propio objeto de la prestación (por ejemplo, obligaciones de carácter líquido y puro, lo que facilita la identificación del incumplimiento llegado el día señalado en la obligación y el alcance de la acción ejecutiva—art. 520.1 LEC—), en la frecuencia en el tráfico jurídico de ciertas formas de incumplimiento (según el principio de normalidad) o en varias de las anteriores características.

### *1.1.2. El título ejecutivo: fundamento del derecho al despacho de ejecución*

Además de la presunción legal expuesta (y con fundamento en la misma), el título ejecutivo regular atribuye a su titular un derecho instrumental, al servicio de la eficacia de la tutela jurídica, al que se ha denominado «derecho al despacho de ejecución»<sup>92</sup>. Consiste este derecho en el poder jurídico otorgado a quien dispone de un título ejecutivo regular para exigir del tribunal el inicio y desarrollo de la actividad jurisdiccional de tutela o satisfacción (mediante una actuación material, sustitutiva y coercitiva de la conducta debida, como veremos en el apartado siguiente) en los términos de la prestación consagrada por el título. La única condición para la satisfacción de tal derecho es que se haya constatado (previamente al despacho de ejecución) la regularidad formal del propio título (su tipicidad, de la que se derivan las presunciones legales) y la concurrencia de presupuestos procesales esenciales para el desarrollo regular de la actividad ejecutiva (art. 551.1 LEC). El derecho al despacho de ejecución faculta a su titular a exigir que la actividad de satisfacción iniciada continúe mientras no se demuestre (dentro de los límites legales de la oposición de fondo a la ejecución) que la satisfacción o tutela del interés del demandante no es realmente merecida: es decir, en tanto no se demuestre la inexactitud de la presunción que el título ejecutivo ampara. Alternativamente, el derecho al despacho queda enervado por una oposición de forma que demuestre la irregularidad de la relación procesal creada.

---

<sup>92</sup> Vid. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Iurgium, Madrid, 2001, págs. 65 y sigs. (también en *Derecho Procesal Civil III. La Ejecución Forzosa. Las medidas cautelares*, CERA, Madrid, 1995 (4.ª ed., 1.ª de 1990), págs. 47 y sigs.); DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho Procesal Civil*, (2000), cit. pág. 34; en el mismo sentido, MONTERO AROCA y FLORS MATÍES, quienes lo definen, desde el lado pasivo, como «deber del tribunal de poner en marcha la actividad ejecutiva, de realizar los actos propios de ésta. En el inicio de la ejecución para el tribunal lo determinante es la existencia regular del título; con él basta para que se esté obligado a despachar la ejecución y a realizar los actos propios de ésta. [...] si el ejecutado no se opone, el tribunal llevará la ejecución hasta el final» (Montero Aroca, Juan; Flors Matíes, José, *Tratado del proceso...*, 2004, cit.).

El derecho al despacho de ejecución, por tanto, no se debe identificar con la acción ejecutiva (entendida como una modalidad de acción en sentido concreto y, por ello, de naturaleza sustancial —un derecho *justicial* material—), es decir, no es un derecho a obtener del tribunal —a costa de deudor: responsabilidad— la satisfacción que le es debida, la prestación jurisdiccional favorable a su interés; el derecho al despacho no se ampara en una realidad (el derecho sustantivo o material o justicial material) sino en una apariencia (la mera regularidad formal del título) y la presunción que de ella dimana. El derecho al despacho de ejecución existe aun cuando la acción ejecutiva pueda no existir o no ser exigible bien por haberse extinguido (debido a causas —extintivas— que no figuran en el propio título, como el cumplimiento posterior al surgimiento del título), bien por concurrir algún contraderecho enervante de su eficacia (causas excluyentes como un pacto de no pedir). Las circunstancias extintivas o excluyentes de la acción ejecutiva podrán ser puestas de manifiesto por el demandado, con el alcance limitado que contempla la LEC, mediante la oposición a la ejecución (arts. 556 y 557 LEC), pero en tanto no se pongan de manifiesto por esta vía, el derecho al despacho de ejecución producirá los mismos efectos satisfactivos que hubieran correspondido a una acción ejecutiva vigente y eficaz. Es, pues, el derecho al despacho, un derecho a que comience la satisfacción o tutela jurídica ejecutiva y a que continúe dicha tutela hasta la total satisfacción del acreedor a menos que se produzca una oposición regular a la ejecución<sup>93</sup>.

---

<sup>93</sup> MONTERO AROCA y FLORS MATÍES destacan, a modo de ejemplo, que el pago, con el que es evidente que la prestación consignada en el título a cargo del deudor se extingue (art. 1156 CC), «no impide que la sentencia como título siga existiendo, implicando aun la existencia de un derecho y un deber: 1) El derecho del acreedor, con base en la sentencia, a instar la ejecución y a que esta se ponga en marcha. Aquí se demuestra la diferencia entre derecho a la actividad ejecutiva y derecho subjetivo material; éste no existe, pero el título determina la existencia del primero. El título funciona de modo autónomo. 2) El deber del tribunal de poner en marcha la actividad ejecutiva, de realizar los actos propios de ésta. En el inicio de la ejecución para el tribunal lo determinante es la existencia regular del título; con él basta para que se esté obligado a despachar la ejecución y a realizar los actos propios de ésta. [...] si el ejecutado no se opone, el tribunal llevará la ejecución hasta el final. En manos del ejecutado está el oponerse a la ejecución, alegando la inexistencia de la obligación, es decir, un hecho extintivo que debe probar. El ejecutante no precisa más que presentar el título, sin que deba probar nada. Todas las alegaciones que se opongan al acto jurídico y al documento tendrá que hacerlas el ejecutado y sólo a él incumbe la carga de la prueba» (Montero Aroca, Juan; Flors Matíes, José, *Tratado del proceso de ejecución civil*, t. I, 2004, cit., págs. 90 y 91).

El derecho al despacho de ejecución es, en este sentido<sup>94</sup>, un derecho instrumental al servicio de una de las garantías del proceso: la eficacia de la tutela. Desde esta perspectiva garantista, el «derecho al despacho de ejecución» es una manifestación del derecho a la tutela amparado por el art. 24 CE<sup>95</sup> (que corresponde a la noción abstracta de la acción), pues es una concreción, en sede ejecutiva y en atención a la garantía de eficacia, del derecho al desarrollo de la actividad procesal oportuna para la aplicación justa (en este caso, justa por eficaz) del derecho<sup>96</sup>.

El título ejecutivo funciona, en el sentido expuesto, no sólo como presupuesto de admisión de la demanda ejecutiva (tras el cual se tuviera necesariamente que pronunciar el tribunal —con una declaración judicial expresa— sobre la validez, vigencia y eficacia de la acción concreta) sino como presupuesto (necesario y suficiente) de fundamentación<sup>97</sup> del citado derecho (sometido a contradicción) al despacho de ejecución. De ahí que la pretensión ejecutiva deba ir inexcusablemente acompañada del título (salvo que éste ya conste en autos: art. 550.1 LEC) y que no proceda el despacho de ejecución sin dicho título (art. 551.1 LEC)<sup>98</sup>.

---

<sup>94</sup> Con toda claridad, ORTELLS RAMOS afirma que «la iniciación de la ejecución, mediante el despacho de la misma, no consiste en iniciar un procedimiento para resolver, en un momento dado, si procede acordar actuaciones ejecutivas, sino que consiste en adoptar medidas ejecutivas. [...] Es decir, con el despacho de ejecución el ejecutante comienza a recibir la tutela ejecutiva y, dado que ésta no culmina instantáneamente, deberá continuar recibéndola, salvo que la eficacia del despacho deba ser suspendida o extinguida por alguna causa regulada por la ley procesal» (Ortells Ramos, Manuel, *Derecho procesal civil*, Aranzadi, Navarra, 2005 (3.ª ed.), pág. 729).

<sup>95</sup> Y que es más que el mero «derecho de libre acceso a los tribunales», también lo es al proceso con todas las garantías. Para FERNÁNDEZ-BALLESTEROS «el derecho (frente al Estado) a obtener el despacho de ejecución, a diferencia del derecho al libre acceso a los Tribunales, está rígidamente sometido a la concurrencia (junto a la de los presupuestos procesales) de un requisito fundamental: la presentación de un título ejecutivo formalmente regular» (Fernández-Ballesteros López, Miguel Ángel, *Derecho Procesal Civil III. La Ejecución Forzosa...* (1995), *cit.*, pág. 47). DELA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho Procesal Civil I. Introducción al Derecho Procesal. El proceso civil*. (con Fernández-Ballesteros López, Miguel Ángel), CERA, Madrid, 1995 (4.ª ed.), págs. 179 y sigs.

<sup>96</sup> En consecuencia, podría hablarse de un derecho de contenido concreto pero cuyo fundamento es formal (abstracto): la prestación concreta que se otorga no se ampara en una indagación sobre la realidad subyacente sino en su mera presunción a partir de la regularidad formal (abstracción) del título.

<sup>97</sup> Para la distinción entre presupuestos de admisión y de fundamentación vid. GUASP DELGADO, Jaime, *Derecho Procesal Civil, tomo I, Introducción y Parte general*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, págs. 268 y sigs.

<sup>98</sup> «A la demanda ejecutiva se acompañarán: 1.º El título ejecutivo, salvo que la ejecución se funde en sentencia, acuerdo o transacción que conste en los autos» (art. 549.1.1.º LEC); «Presentada

El despacho de ejecución se dicta *inaudita parte debitoris*, aun cuando conlleva el inicio de la actividad de satisfacción para el acreedor que es tanto como decir el inicio de la constricción —mediante sustitución y coerción— de la esfera jurídica del deudor, debido a que no se ampara en una mera afirmación del demandante, sino en una presunción legal<sup>99</sup>, fundamento directo de un derecho específico al despacho de ejecución. Para derivar del título la presunción, el tribunal resuelve, previa cognición, sobre la regularidad formal del propio título y sobre la concurrencia de los presupuestos procesales exigidos por la ley (arts. 551.1 y 552.1 LEC), circunstancias que, en principio, no son abarcadas por la presunción misma, siendo la primera, el fundamento o hecho base de la presunción de la que se deriva el derecho al despacho y la segunda una condición de regularidad de la ulterior actividad procesal de satisfacción de dicho derecho.

Por otra parte, como contrapeso (igualmente garantista) al hecho de estar fundado en una mera apariencia (la proporcionada por el título), el derecho al despacho de ejecución es un derecho en alguna medida claudicante, en cuanto amenazado por la oposición a la ejecución, que puede demostrar bien la inexistencia o ineficacia de la acción ejecutiva poniendo fin a la ejecución (mediante prueba en contrario de lo presumido según el título: arts. 556 a 558 LEC), bien la inexistencia de aquellas condiciones necesarias para la corrección de la actividad procesal de satisfacción (la falta de presupuestos o requisitos procesales: art. 559 LEC). El legislador ha optado por establecer un contradictorio diferido o reactivo: corresponde al demandado oponerse al despacho efectuado impugnando la cognición, según su criterio errada, realizada por el tribunal sobre los presupuestos procesales requeridos para el despacho (oposición por defectos procesales) u ofrecer la prueba en

---

la demanda ejecutiva, el Tribunal, siempre que concurren los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título, dictará auto, conteniendo la orden general de ejecución y conteniendo la misma» (art. 551.1 LEC).

<sup>99</sup>En este sentido, VEGAS TORRES afirma que «la ejecución, suele decirse, se despacha *inaudita parte debitoris*. Esto es una lógica consecuencia de la eficacia que la ley concede a los títulos de ejecución: a efectos del despacho de la ejecución, el título acredita suficientemente el derecho del ejecutante a obtener la tutela jurisdiccional ejecutiva solicitada (acción ejecutiva)» (Vegas Torres, Jaime, *Derecho Procesal civil. Ejecución Forzosa. Procesos especiales* (con Andrés de la Oliva Santos e Ignacio Díez-Picazo Giménez), CERA, Madrid, 2000, pág. 74).

contrario a la presunción otorgada por la ley de la que se deriva el derecho al despacho (oposición por motivos de fondo).

### *1.1.3 Naturaleza de la presunción contenida en el título ejecutivo y prueba en contrario*

Ni la presunción derivada del título, ni la atribución del denominado derecho al despacho de ejecución al amparo de dicha presunción son garantía de existencia, vigencia o eficacia de la acción ejecutiva<sup>100</sup>. Que el demandante tenga verdaderamente el derecho a la satisfacción de su interés a través de la prestación (sustitutiva) del tribunal depende de que las presunciones que el título contiene se correspondan con la realidad. No obstante, en cuanto a favor del demandante juega la presunción citada y sobre el demandado recaen las consecuencias del despacho de ejecución, el demandado asumirá la carga de atacar la presunción establecida (carga de oposición a la ejecución) tratando de enervar de este modo el derecho en curso de ser satisfecho.

En el proceso de declaración la pretensión del acreedor tiene como fundamento o *causa petendi* una acción (declarativa) meramente afirmada en sus condiciones de nacimiento, vigencia y eficacia, exigiendo las garantías procesales la comprobación en el curso del proceso de la realidad de lo afirmado para poder así acceder o denegar la satisfacción pretendida. En el proceso de ejecución, por el contrario, la pretensión ejecutiva tiene por fundamento o causa una acción (ejecutiva) presumida al amparo del título ejecutivo presentado con la demanda (presunción validada en el trámite de despacho), otorgando tal presunción el derecho a que se ponga en marcha la ejecución que continuará hasta la completa satisfacción del acreedor salvo oposición (derecho al despacho de ejecución). La

---

<sup>100</sup> En este sentido, PUGLIATTI afirmaba que «el título ejecutivo es la única fuente de la acción ejecutiva y de la responsabilidad ejecutiva que le corresponde. Pero tiene como base la relación sustancial que puede eliminar el título ejecutivo y el proceso ejecutivo del cual es el gozne. [...] y hasta la realización definitiva, permanece abierta siempre la lucha para la impugnación por parte del deudor [...] esta impugnación tiene siempre como objeto los presupuestos de la tutela jurídica, puede decirse “la subsistencia del derecho tutelado”. Todo aspecto particular de la cuestión se reconduce, como se ve, al más general del vínculo entre relación sustancial y relación procesal» (Pugliatti, Salvatore, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Giuffrè, Milano, 1935, pág. 145).

presunción legal es de tal naturaleza que formulada oposición por la parte contraria y convertida en litigiosa la cuestión relativa a la vigencia o eficacia de la acción, el demandante no necesita aportar prueba alguna, correspondiendo al demandado ejecutado la carga de la prueba (prueba en contrario) con relación a los hechos enervantes que hubiera alegado.

La naturaleza y alcance de la presunción establecida por el legislador determinará las posibilidades de oposición del demandado. Como norma general, la presunción que se otorga al título tiene carácter de presunción *iuris et de iure* en lo que respecta a nacimiento válido del deber de prestación que refleja dicho título<sup>101</sup>, lo que restringe las posibilidades de alegación por el demandado de causas impeditivas (manifestación del denominado «carácter abstracto del título»)<sup>102</sup>. En cambio, la presunción puede tener carácter *iuris tantum* por lo que respecta a otros aspectos de la acción: el incumplimiento del que depende el nacimiento de la acción ejecutiva cuando tal incumplimiento no consta ya en el título, como ocurre en los títulos no procesales ni arbitrales (pudiéndose en estos casos enervar la presunción de surgimiento válido de la acción acreditando, por ejemplo, que el pago se verificó antes del vencimiento de la prestación consagrada en el título); la propia vigencia o subsistencia de la acción ejecutiva ya surgida (pudiendo enervarse la presunción de vigencia de la acción probando, por ejemplo, un cumplimiento posterior al pronunciamiento de la sentencia o laudo o posterior al vencimiento de los títulos no judiciales o arbitrales) o la eficacia o exigibilidad de una acción ejecutiva válida y existente (en cuyo caso la presunción de eficacia de la acción podrá ser enervada probando un pacto o transacción, la caducidad

---

<sup>101</sup> Y ello aunque en el propio título jurisdiccional conste la causa productora o fundamento de la prestación debida: el débito inicial y el incumplimiento del mismo (que la sentencia en sus antecedentes fácticos y jurídicos expondrá como hechos probados) que pueden contribuir a interpretar el alcance de la satisfacción jurídica a que el proceso de ejecución se encamina, pero no ser objeto de cuestión en el proceso de ejecución.

<sup>102</sup> Según SILVA MELERO «el título jurídico no es causal sino abstracto, es decir, no vive dependiendo de lo que es su causa sino que, por el contrario, en un momento dado puede vivir y cumplirse con absoluta independencia del contrato causal» (SILVA MELERO, voz «título ejecutivo» en NEJS, t. XIV, Seix, Barcelona, 1956, págs. 101 y sigs.); y para SERRA «las relaciones entre el documento (título) y el derecho de crédito se resuelven unánimemente por la doctrina a partir del carácter abstracto de la acción ejecutiva y su autonomía respecto del crédito: el ejecutor debe considerar tan solo el título y no la existencia del crédito. Coinciden en ello la casi totalidad de los tratadistas italianos» (Serra Domínguez, Manuel, voz «Juicio ejecutivo», en NEJS, tomo VIII, Seix, Barcelona, 1956).

de la acción y, en el caso de títulos que no sean procesales, arbitrales o acuerdos de mediación, también la compensación y la prescripción). Dicho de otro modo, la abstracción que permite el título no se extiende a cualesquiera hechos y circunstancias ajenas o posteriores a la formación del propio título y relativas al nacimiento, subsistencia o eficacia de la acción<sup>103</sup>.

Resumiendo, el título ejecutivo, elemento clave del proceso de ejecución, es un conjunto de hechos y actos jurídicos incorporados (al menos en parte) a un documento típico, de los cuales el ordenamiento deriva (por diversas razones que alcanzan rango constitucional en el caso de la sentencia de condena) una presunción (*iuris et de iure*) relativa al nacimiento de un deber de prestación a cargo del deudor (reflejado en el documento) así como otra presunción (que puede ser *iuris tantum*) en relación con el incumplimiento de dicha prestación en el tiempo requerido para ello y, por consiguiente, relativa a la vigencia (subsistencia) y eficacia (exigibilidad) de la acción ejecutiva eficaz y válidamente nacida. La presunción es, en primer lugar, fundamento de un derecho formal e instrumental a que la prestación jurisdiccional comience a prestarse de inmediato y sin oír al demandado (*derecho al despacho de ejecución*) y, en segundo lugar, derecho a que continúe dicha prestación satisfactiva en tanto no se produzca oposición, es decir, origen de la carga para el demandado de oponerse a la actividad jurisdiccional ya en curso, si quiere enervar la ejecución, alegando y probando (prueba en contrario de la presunción) los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de la acción ejecutiva presumida o la falta de condiciones procesales para la actividad procesal satisfactiva (oposición por razones de forma o procesales).

## 1.2. Características particulares de la actividad jurisdiccional en la ejecución forzosa

### 1.2.1. La ejecución forzosa como actividad jurisdiccional sustitutiva.

La pretensión que el ejecutante formula (al amparo del título ejecutivo) y que, de ser estimada por el tribunal, producirá su satisfacción jurídica (la realización de su

---

<sup>103</sup> No obstante, para cierto sector doctrinal, la posibilidad de impugnar la validez del título tampoco sería contraria a la naturaleza del proceso de ejecución sino meramente una opción del legislador. Sobre ello volveremos en la sección siguiente.



interés), reclama la realización por el mismo tribunal de una prestación jurisdiccional (aunque sea a costa del deudor) que sustituya a la que inicialmente correspondía al propio deudor en los términos que constan en el título ejecutivo. Dado que la prestación jurisdiccional a la que se aspira sustituye a la prestación incumplida por el demandado, se atribuye a la ejecución forzosa la característica de ser una actuación sustitutiva de dicha prestación (sentido objetivo de la sustitución) e, indirectamente, sustitutiva de la voluntad del deudor (sentido subjetivo de la sustitución). Para comprender cabalmente el significado del carácter sustitutivo de la ejecución se debe tener en cuenta que el tribunal sustituye al deudor no sólo en su desempeño frente al acreedor sino también, de modo instrumental, frente a su propia esfera jurídica. El tribunal invade la esfera jurídica del deudor anulando su libre determinación sobre ella, para proporcionar al acreedor la satisfacción que le es debida. En el contexto de la ejecución forzosa, la «sustitución» es el desplazamiento de un sujeto (el demandado) por otro (el tribunal) tanto como agente de la satisfacción del acreedor<sup>104</sup> como en cuanto gestor de su propia esfera jurídica.

---

<sup>104</sup> Por ello, estamos de acuerdo con DE LA OLIVA cuando afirma que es una de las primeras ideas generales sobre el proceso de ejecución: «[la] sustitución, por el órgano jurisdiccional, de la voluntad y conducta del sujeto pasivo del proceso de ejecución, con intromisión en el patrimonio de ese sujeto» (De la Oliva Santos, Andrés, *Derecho Procesal civil... (2000)*, cit., pág. 18). Sin embargo, discrepamos de este autor cuando afirma que tal sustitución significa «que, en la ejecución forzosa, el órgano jurisdiccional tiene potestad para hacer válida y eficazmente, lo que habría de hacer el sujeto destinatario de un mandato, si quisiera cumplirlo o ejecutarlo voluntariamente» (*ibidem*, pág. 19), pues esta conceptualización de la sustitución nos lleva a conclusiones («para quien ligue absolutamente la naturaleza de la ejecución forzosa a la existencia de una actividad jurisdiccional de sustitución, los mandatos o requerimientos de hacer o la imposición de multas no pertenecerían aún al proceso de ejecución, pues no entrañarían sustitución, que no se produciría sino en caso de incumplimiento del mandato o de impago de las multas», *ibidem*, pág. 19) que el mismo De la Oliva parece no admitir. Esta concepción restringida de la sustitución proviene, en nuestra opinión, de la confusión del principio o mecanismo (de sustitución) con los medios empleados para hacerlo efectivo. Los medios para la sustitución (la cual tiene lugar en toda ejecución forzosa) pueden consistir bien en una subrogación, mediante la cual el tribunal asume la legitimación propia del deudor en la gestión de su patrimonio (apremio sobre el patrimonio, por ejemplo), bien en el recurso a la coerción, con la que el tribunal sustituye al deudor en cuanto instrumentaliza su voluntad y la conducta que de ella se deriva (por ejemplo, con la amenaza de multa coercitiva): la conducta producida en satisfacción del acreedor es, externamente, conducta del propio deudor, pero internamente es la voluntad judicial la que actúa (en sustitución). También se desenfoca el sentido de la sustitución como característica intrínseca a la ejecución cuando se afirma que la intervención de un tercero en la realización de prestaciones fungibles contenidas en un título ejecutivo no forma ya parte de la actividad ejecutiva de sustitución, que se limitaría, según esta noción, a la enajenación (ahora sí, por sustitución) del patrimonio del deudor (apremio sobre el patrimonio) para costear la intervención del tercero porque esta intervención del tercero es la forma concreta que adopta la sustitución. Discrepamos, por consiguiente, de CARRERAS cuando afirma que «que si bien se logra [con la intervención de un tercero]

Este rasgo (sustitución) permite distinguir la tutela que otorga el proceso de ejecución respecto de aquella que corresponde al proceso de declaración de la que es, en ocasiones, continuación. Con la tutela (satisfacción) declarativa de condena la actuación del tribunal satisface el interés (o realiza el orden jurídico) pretendido al afirmar y especificar para el caso concreto y en congruencia con la pretensión formulada una prestación debida por el deudor<sup>105</sup>. La tutela declarativa dota así de

---

el mismo resultado económico que se hubiera alcanzado con el cumplimiento del obligado, no hay sustitución jurídica de la conducta de éste, ni sanción, pues la sanción se actuará luego para hacer desaparecer el desequilibrio económico producido al pagar a un tercero para que realice la conducta que no llevó a cabo el obligado» (Carreras Llansana, Jorge, *El embargo de bienes*, J. M.<sup>a</sup> Bosch, Barcelona, 1957, pág. 45). Este autor asume, en nuestra opinión, una concepción muy automática de la sustitución que pretende asimilarla a la subrogación propia del procedimiento de apremio. Discrepamos igualmente de LORCA NAVARRETE, quien niega incluso el carácter sustitutivo y coercitivo de la ejecución en su conjunto afirmando que «a la ejecución ni le caracteriza un pretendido carácter sustitutivo; esto es, que el órgano jurisdiccional sustituye con sus actos aquéllos que el obligado por la condena no realiza. Ni tampoco le caracteriza el carácter coactivo que de consuno se le atribuye, según el cual el órgano jurisdiccional, para restablecer al titular del derecho declarado jurisdiccionalmente, actúa coactivamente sobre el condenado [...]. El ejercicio funcional de la jurisdicción no es sustitutivo. Es, por el contrario, autónomo y reglado. Sustentado, además, en normas de indudable orden público que las partes no pueden disponer. Y cuando nuestro ordenamiento procesal regula la ejecución de la condena no converge en elementos tipificadores de la justicia privada como la sustitución o la coerción. Esto es, el “ejecutar lo juzgado” del artículo 117.3 de la Constitución es una manifestación reglada de un determinado y concreto ejercicio funcional de la jurisdicción. Pero en modo alguno, es sustitución o coerción “en lugar de” un sujeto privado. Sólo desde un punto de vista negocial y privado del ejercicio funcional de la jurisdicción se podría admitir un planteamiento “sustitutivo” y “coercitivo”» (Lorca Navarrete, Antonio María, «Artículo 517», en AA. VV., (Lorca Navarrete, Antonio María, dir; Guilarte Gutiérrez, Vicente, coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Vol. III*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 2). Creemos, en cambio, que dichos caracteres (de sustitución y coerción) y, sobre todo, su combinación, son expresivos y útiles para explicar el funcionamiento de la tutela ejecutiva y siempre están presentes en ella. Sirve, no obstante, la advertencia del último autor citado para no confundir la sustitución coactiva como institución jurídico-pública de realización del orden jurídico (con satisfacción de quien resulta amparado por dicho orden: el acreedor) con una sustitución entendida como una novación subjetiva en la que la obligación del deudor desaparezca suplida por la del tribunal; al contrario, aquella persiste aunque se realiza ahora como responsabilidad, lo que supone la posibilidad de inmisión del tribunal en la esfera jurídica que, previamente al surgimiento de la acción, sólo el deudor controlaba.

<sup>105</sup> Prestación que en el caso de las sentencias o laudos, ya refleja todas las vicisitudes de la relación jurídica material originaria. En efecto, del incumplimiento no se deriva siempre, como consecuencia jurídica, un nuevo deber (o una perpetuación o pervivencia del deber) de contenido idéntico al deber originario incumplido (aunque ahora sujeta, en su caso, a “cumplimiento forzoso” —la denominada tutela satisfactoria según la cual «se pretende que el titular de un derecho consiga precisamente las mismas utilidades derivadas de la ley o del contrato, y no unas utilidades equivalentes—), sino que pueden surgir deberes nuevos no contemplados en la situación originaria anterior al incumplimiento como puede ser la restitución previa resolución (tutela restitutoria o repristinatoria que aspira a «a restaurar la situación en que el sujeto se encontraba antes de la conclusión del contrato») o la reparación de los daños causados por el incumplimiento (tutela resarcitoria que «proporciona al titular de un derecho no esas mismas utilidades sino unas utilidades

certeza, autoridad y, finalmente, permanencia (valor o efecto de cosa juzgada) a dicho deber de prestación al tiempo que, mediante la amenaza de ejecución forzosa, aumenta las posibilidades de su cumplimiento por el deudor. La prestación jurisdiccional declarativa confluye con la prestación debida a cargo del deudor, preexistente al proceso (aunque en virtud del propio proceso esta última haya sufrido una transformación según que las consecuencias del incumplimiento declaradas en la sentencia sean la exigencia de cumplimiento tardío y forzoso, el resarcimiento o la indemnización de daños, la resolución de la relación previa y consiguiente restitución, etc.) y que no sólo no se extingue sino que ve reforzada su eficacia con la declaración del tribunal<sup>106</sup>. El tribunal, por tanto, con la tutela de condena no suplanta al deudor como agente de la satisfacción, específica y concreta, que todavía le es exigible a éste. En cambio, con la tutela ejecutiva el propio tribunal, de formularse la pretensión ejecutiva y dictarse el despacho de ejecución, realizará por sí mismo la satisfacción del acreedor, sustituyendo al deudor en la gestión de su esfera jurídica y en la actividad de satisfacción correspondiente. La prestación del tribunal, de ser realizada, extingue la prestación a cargo del deudor, puesto que rivaliza con ella en su función de satisfacción de intereses o realización del orden jurídico a que aspira la norma<sup>107</sup>. Aun así, en tanto la satisfacción por

---

equivalentes —sea a la prestación, sea al daño producido, en función de la posición que se mantenga—): todas estas prestaciones derivadas del incumplimiento constarán ya en la sentencia declarativa de condena, siendo el incumplimiento del deber declarado por ésta el que resulta relevante a efectos de la ejecución. En cambio, el título no judicial ni arbitral, consagra la prestación originaria que debía ser cumplida y su incumplimiento la transforma —sin ulterior declaración o transformación— en una prestación ejecutable forzosamente y por sustitución (sin dejar de ser objeto de cumplimiento —tardío—). Vid. Verdera Server, *El cumplimiento forzoso de obligaciones*, cit., 1995, págs. 42 y 43).

<sup>106</sup> En nuestra opinión, la sentencia de condena aspira a la prestación del condenado. Podría considerarse (en el sentido expuesto en su día por CARRERAS — op. cit., *pássim*—) que dicha prestación no procede ya de la obligación o deber del deudor (definitivamente extinguido tras el incumplimiento), sino de un derecho (carga) del propio deudor a evitar la ejecución forzosa; en cambio, entendemos, como DE LA OLIVA y CHIOVENDA, que el incumplimiento del que deriva la condena no es motivo de extinción de la obligación y que ésta incorpora en su dinámica nuevas oportunidades de cumplimiento (tardío: la obligación se “perpetúa”) y de novación objetiva (cuando el cumplimiento, tal como fue previsto inicialmente, se resuelve en nuevas formas de tutela: resolutoria o resarcitoria) que comparten su “espacio jurídico” con la ejecución forzosa.

<sup>107</sup> En tanto no se alcance plenamente la satisfacción del acreedor por obra de la prestación jurisdiccional, la prestación a cargo del deudor no se extingue y ambas instituciones (responsabilidad inherente a la ejecución forzosa y deber de prestación) conviven, pues, aun siendo mutuamente excluyentes en su función, no lo son en su tendencia a la satisfacción. En este sentido, PUGLIATTI,

sustitución no tenga lugar, la satisfacción directa por obra del deudor aún es posible (cumplimiento voluntario de lo debido).

Con la tutela (o satisfacción) declarativo-constitutiva el tribunal también produce por sí mismo (como ocurre en la ejecución) cambios jurídicos que satisfacen directamente al acreedor sin la necesaria concurrencia de una actividad de prestación a cargo del deudor<sup>108</sup>. Al afirmar el tribunal, con la certeza, autoridad y estabilidad que corresponde a sus decisiones, la realidad de las condiciones previstas por la ley para el cambio jurídico, la propia ley atribuye a dicha resolución el valor de producir el cambio previsto (efectos constitutivos, modificativos o extintivos), expresión del orden querido por la norma. Sin embargo, con la tutela ejecutiva, es el tribunal mismo (y no la ley —aunque ésta lo legitima para ello—) quien efectúa directamente el cambio jurídico, al afrontar la satisfacción del acreedor actuando en el ámbito discrecional —o de autonomía— que la ley dejaba inicialmente al deudor para conformar el orden social en el sentido debido. Con la ejecución, el tribunal ejercita un poder que, en efecto, se puede calificar de «constitutivo» (creación de nuevos estados jurídicos), pero no porque la ley asigne dichos efectos de cambio a ciertos hechos (constitutivos) previstos en la propia ley una vez constatados y declarados por el tribunal, sino porque el ordenamiento permite al tribunal realizar aquellas transformaciones jurídicas cuya realización la ley ya atribuía

---

afirmaba que «no se puede pensar que la ejecución forzosa se concrete sólo en una sustitución del deudor por el órgano público, y, por tanto, de un “complemento de la voluntad del deudor por parte del Juez” (Rick); ni, tampoco, que en la ejecución forzosa “permanece el objeto de la prestación aunque se mude el sujeto directamente prestatante” (Menestrina): de hecho, la actividad del órgano público es diversa, sea por su naturaleza o por su finalidad, de la del deudor; [...] El poder del Estado y de su órgano es un poder-deber (Carnelutti; Rosemberg)» y, por ello, para PUGLIATTI, el contenido de la acción «no puede ser la inmediata tutela del derecho subjetivo sustancial, sino la puesta en marcha del mecanismo del proceso ejecutivo, por medio del cual, a su fin, se puede conseguir la realización del derecho sustancial. La acción ejecutiva desarrolla su eficacia sólo en el campo de la relación procesal ejecutiva en la cual germina y a ella no pueden reconducirse inmediatamente los efectos que el proceso ejecutivo produce en su conjunto sobre la relación de derecho sustancial» (Pugliatti, Salvatore, *Esecuzione forzata...*, 1935, cit., págs. 140 y 141).

<sup>108</sup> Razón por la que no son susceptibles de ejecución propia: «No se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas ni de las constitutivas» (art. 521.1 LEC).

originariamente al deudor en ejercicio de sus poderes de conformación jurídica<sup>109</sup> (lo que muestra la relevancia definitoria de la nota sustitutiva de que tratamos). Es decir, el tribunal ostenta un poder jurídico (potestad) de conformar la esfera jurídica —patrimonial y de libertad— ajena.

### 1.2.2. *La ejecución forzosa como actuación jurisdiccional coercitiva*

La naturaleza sustitutiva de la actividad jurisdiccional de ejecución descrita en el apartado anterior va siempre e inevitablemente acompañada de la nota de coercitividad o coactividad. Para comprobar la anterior afirmación basta con observar que toda actuación realizada por el tribunal en sustitución del deudor (en los términos ya descritos) lo priva de la libre determinación que en condiciones de normalidad (o de cumplimiento regular de sus obligaciones) ostenta sobre su esfera jurídica; es decir, toda actuación sustitutiva requiere siempre algún grado de coerción, pues el sujeto ve restringidas *contra su voluntad* las posibilidades de actuación jurídica que, de hecho o de derecho, le correspondían con carácter previo a ser sometido a ejecución forzosa<sup>110</sup>.

---

<sup>109</sup> Poder que CARNELUTTI denomina «de administración», pues con éste el tribunal «modifica aquellas relaciones jurídicas del obligado, las cuales le permitirían una resistencia legítima al predominio del interés ajeno. Bajo este aspecto, el proceso ejecutivo, a diferencia del proceso de cognición, tiene siempre carácter constitutivo», lo que, aplicado a la entrega de bienes muebles o inmuebles, consiste «en privar, en todo o en parte, inmediata y progresivamente, al obligado de la tutela jurídica que podría favorecerlo para conservar aquel goce del bien debido, que para cumplir habría de abandonar» (Carnelutti, Francesco, *Derecho procesal civil y penal*, Harla, Mexico, 1997, (edición original de Morano, Napoli, 1958), págs. 97, 186 y 187).

<sup>110</sup> Esta característica de la ejecución forzosa puede ser expresada como un principio jurídico de coactividad según el cual la ejecución «se lleva a efecto cualquiera que sea la resistencia que pueda oponer el condenado. Incluso si es preciso utilizar la fuerza o apremio personal» (GUERRA SAN MARTÍN, *Lecciones de Derecho Procesal*, Deusto, 1989, pág. 272). Para DE LA OLIVA «caracteriza el proceso de ejecución (o ejecución forzosa) la utilización por el órgano jurisdiccional de su potestad coactiva y coercitiva, aplicada a la realidad material, a fin de transformarla, venciendo resistencias y sustituyendo voluntades» (De la Oliva Santos, Andrés, en AA. VV., *Derecho Procesal Civil. Ejecución Forzosa. Procesos Especiales* (2000), cit., pág. 18). SOLCHAGA LOITEGUI sostiene el origen del principio en la doctrina alemana, específicamente en Rosemberg (*Tratado de Derecho Procesal Civil*, trad. Española de Romero, Buenos Aires, 1955), afirmando que «Los medios y el sujeto pasivo de la coacción (la persona, el patrimonio entero, bienes concretos) han variado a lo largo de cada etapa histórica; pero el carácter coactivo de la que hoy llamamos actividad judicial ejecutiva se puede calificar de constante histórica» (Solchaga Loitegui, Jesús, *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles*, Aranzadi, Pamplona, 1986; del mismo autor «Derecho a la tutela judicial efectiva y ejecución singular civil», en AA. VV., *Ejecución de sentencias civiles*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pág. 24); también CARRERAS sitúa el origen del principio de coactividad en la doctrina alemana (Carreras Llansana, Jorge,

Dependerá de la conducta a sustituir que esa coerción adquiera rasgos más o menos ideales (en el continuo *subrogación-vis compulsiva-vis ablativa*).

Para poder comprender con claridad las características de sustitución y coerción propias de toda actuación jurisdiccional ejecutiva conviene establecer su relación con los medios de ejecución necesarios para llevar a cabo la ejecución, clasificados habitualmente como «medios de subrogación» y «medios de coerción»<sup>111</sup>. Ciertamente, la homonimia, aunque parcial, no favorece la claridad. Las características de sustitución y coerción están presentes siempre y de modo simultáneo en toda ejecución (a modo de principios que explican la peculiaridad de esta forma de tutela jurisdiccional) y hacen referencia al efecto de la actuación del tribunal sobre la esfera jurídica del deudor. Los medios de subrogación y de coerción son diferentes secuencias de actos dispuestas por la ley procesal para verificar las técnicas de sustitución y de coerción sobre la esfera del demandado. Cuando el tribunal emplea medios de subrogación está produciendo un efecto de sustitución y coerción sobre la esfera jurídica del deudor; del mismo modo, si emplea medios de coerción también está produciendo un efecto de coerción y de sustitución sobre la esfera jurídica del deudor.

Mediante los que denominamos «medios de subrogación» la actividad del tribunal sustituye o suplanta plenamente a la del deudor, de la que se puede prescindir o ignorar<sup>112</sup>. En esta categoría de medios de ejecución podemos situar tanto aquellos con los que el tribunal sustituye personalmente al deudor como aquellos otros

---

*El embargo de bienes*, 1957, cit., pág. 26).

<sup>111</sup> VERDERA SERVER atribuye esta calificación a la doctrina procesal italiana y, destacadamente a Chiovenda y Di Majo, pero sitúa sus antecedentes en la doctrina alemana del siglo XIX que distinguía entre una *vis compulsiva*, ejecución indirecta y una *vis ablativa*, ejecución directa o por subrogación (Verdera Server, Rafael, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, 1995, cit., pág. 173). En nuestra doctrina vid. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, J. M.<sup>a</sup> Bosch, Barcelona, 1992 (5.<sup>a</sup> ed.; 1.<sup>a</sup> de 1980), pág. 998. En nuestra opinión, los medios de subrogación no aluden a la *vis ablativa* sino a formas de coerción muy espiritualizadas, donde la voluntad del deudor es marginada pero no es agente del cambio fáctico o jurídico.

<sup>112</sup> Según ORTELLS RAMOS, los medios de subrogación «prescinden de la conducta del ejecutado para el cumplimiento de la prestación y consisten en la sustitución de la actividad del mismo por la del tribunal para producir un resultado idéntico al que hubiera generado el comportamiento del ejecutado» (Ortells Ramos, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, 2005, cit., pág. 733).

mediante los que el tribunal autoriza la intervención de un tercero para que sustituya al deudor en su tarea de prestación<sup>113</sup>. El tribunal suplanta directa y personalmente al deudor cuando el ordenamiento procesal le atribuye legitimación jurídica para la emisión de declaraciones de voluntad con eficacia en su esfera jurídica: el deudor queda privado de los poderes de disposición y autonomía que hasta ese momento le correspondían, pasando a ejercerlos el tribunal (elemento sustitutivo de la subogación). Con la subrogación la voluntad del deudor es marginada contra su voluntad (elemento coercitivo, máxime en cuanto todo acto contrario a esta posición pasiva podría ser constreñido de modo directo por el tribunal).

A través de los «medios de coerción» la voluntad del deudor no es suplantada o alienada plenamente sino forzada (volviéndola, podría decirse, una voluntad «viciada») para que contribuya, así coaccionada, a la satisfacción debida al acreedor. La voluntad del deudor (como aspecto de su personalidad) se convierte, con los «medios de coerción», en el objeto directo de la actividad ejecutiva: el tribunal «usa» la voluntad del deudor, instrumentalizándola bien a través de mecanismos de presión o constricción directos (el empleo de la fuerza física, *vis absoluta o ablativa*, que suprime la expresión de la voluntad del deudor), bien mediante mecanismos de presión o constricción indirectos (como el empleo de presiones en forma de órdenes o intimaciones, formas de *vis compulsiva o vis animo* que suprimen la libre formación de voluntad frecuentemente bajo amenazas explícitas o implícitas de sanciones —económicas o penales— o de una ulterior coerción directa en caso de desobediencia)<sup>114</sup>. Con los medios de coerción citados

---

<sup>113</sup> En este sentido, VERDERA SERVER, afirma que «en la medida que los medios de subrogación se caracterizan por la realización de la prestación debida por persona distinta del deudor, la única exigencia subjetiva consiste en que no sea el deudor quien ejecute la prestación y, así podemos distinguir dos hipótesis diferentes: a) El Juez como sustituto del deudor [...] b) El tercero como sustituto del deudor» (*ibídem*, pág. 175). En el mismo sentido, aunque con ciertas matizaciones, ORTELLS RAMOS considera que «en caso de prestaciones de hacer o de deshacer lo hecho indebidamente, la actuación del ejecutado también puede ser sustituida por otra persona si la acción personal del ejecutado no es esencial para la satisfacción del ejecutante (arts. 706, 707 LEC). Pero, en estos casos, la subrogación ejecutiva no está completa hasta que el tribunal no haya extraído del patrimonio del ejecutado la suma de dinero necesaria para atender a la contraprestación del servicio prestado por el tercero» (Ortells Ramos, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, 2005, cit., pág. 734).

<sup>114</sup> Según ORTELLS RAMOS, la coerción directa «consiste en la aplicación de la compulsión física sobre la persona del ejecutado, para forzarle al cumplimiento o para evitar que obstaculice la satisfacción de la prestación por actuación del tribunal»; mientras que la

el tribunal sustituye la voluntad libremente formada del deudor por una voluntad formada según el modelo de la suya propia (en cuanto ésta es, a su vez, expresión de la tutela exigida por la ley), por lo que puede afirmarse que con los medios de coerción se manifiestan simultáneamente el carácter coercitivo y el sustitutivo de la ejecución.

Corresponde al legislador determinar cuando procede el empleo de medios de coerción o de subrogación o la forma en que éstos se han de articular entre sí (concurriendo y potenciándose mutuamente, excluyéndose o sucediéndose) para lo cual deberá tomar en consideración diferentes criterios (por ejemplo, priorizando la búsqueda de la eficacia en la satisfacción del acreedor o, en cambio, la protección de la esfera jurídica del deudor) y las limitaciones fácticas y jurídicas propias de cada caso (la naturaleza de la prestación debida —dar, hacer o no hacer—, las características del objeto de la prestación de dar —específico o genérico— o de hacer —conductas personales o personalísimas—) determinantes de la naturaleza fungible o infungible de la prestación<sup>115</sup>.

El empleo de los distintos medios de ejecución previstos en la LEC suele estar relacionado con el tipo de prestación que el título expresa (el objeto de la satisfacción específica) y resulta establecido y regulado de modo casuístico por la legislación procesal. De esta forma, se acude *ab initio* a medios de subrogación para

---

indirecta «Consiste en la afectación desfavorable o en la amenaza de afectación de un derecho o interés del ejecutado con una intensidad tal que el perjuicio que arriesgue sea mayor que el beneficio que persigue con el incumplimiento de la prestación» (Ortells Ramos, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 734).

<sup>115</sup> Para VERDERA SERVER «qué debe pretenderse, como primera medida para satisfacer el interés específico del acreedor, el cumplimiento del deudor, a través de la coerción (medios de coacción o ejecución indirecta), o su sustitución por un tercero (medios de subrogación o ejecución directa). Se trata naturalmente de una cuestión de política jurídica [...] en mi opinión si la obligación es infungible cabe plantearse la conveniencia de medidas coercitivas o de fomento al cumplimiento, sean públicas, sean privadas. En cambio, cuando se trata de una obligación fungible, parece más adecuado evitar las medidas de presión sobre el deudor y que repercutan en el mismo las consecuencias económicas de su nolutad. Claro está que este planteamiento resulta razonable en la medida en que el deudor no sea insolvente, esto es, que tenga bienes suficientes para correr con los gastos de la ejecución. Más aun en el caso de deudor insolvente la ejecución indirecta se torna difícil: si se excluyen las medidas personales de coerción, ¿de qué sirve que el deudor deba pagar una cantidad suplementaria en caso de incumplimiento?» (VERDERA SERVER, Rafael, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, 1995, cit., pág. 182).



la ejecución forzosa de prestaciones dinerarias (quedando legitimado el tribunal para la enajenación de los bienes del deudor) así como para aquel hacer personalísimo consistente en la emisión de una declaración de voluntad (art. 708 LEC); por el contrario, se emplearán, inicialmente, medios de coerción indirecta —requerimiento como forma de coerción psicológica— en los casos de ejecución no dineraria distintos del mencionado (art. 699 LEC).

Por otra parte, la ley articula de formas muy diversas los medios de coerción y los medios de subrogación. Ambos tipos de medios pueden emplearse simultáneamente: es lo que ocurre cuando los medios de subrogación (enajenación forzosa de bienes) son instrumentales respecto de un medio de coerción indirecta (como las multas coercitivas que se hacen efectivas con la venta de los bienes del deudor); también se emplean simultáneamente medios de coerción y de subrogación cuando la prestación originaria se desdobra merced al incumplimiento: en la ejecución forzosa de una obligación de no hacer, una vez incumplido el requerimiento inicial (coerción indirecta de tipo psicológico ex art. 699 LEC), se pueden acumular la orden de deshacer lo mal hecho con la de no reiterar el incumplimiento y ambas formas de coerción, a su vez, con la imposición de una indemnización que conducirá, para su ejecución, a medios de subrogación (art. 710.1 LEC).

Los distintos medios de ejecución pueden también articularse de modo sucesivo: el incumplimiento del requerimiento inicial de dar, hacer o no hacer (coerción indirecta de tipo psicológico ex art. 699 LEC) conduce en algunos casos al empleo de ulteriores medios de coerción (directa, como en caso de la entrega de bienes muebles determinados por medio de desposesión manu militari—art. 701.1 LEC— o nuevamente indirecta, como una segunda orden de hacer o de no hacer, ahora bajo amenaza de imposición de multas coercitivas—arts. 709.1 y 710.1 LEC—)<sup>116</sup>; en otras circunstancias, el fracaso de la coerción inicial

---

<sup>116</sup> VERDERA SERVER afirma que la primera medida coactiva que debe adoptar el juez en los supuestos de ejecución de obligaciones de hacer es la concesión judicial al deudor de un plazo para que cumpla con lo ordenado para la ejecución de la sentencia. Afirmación que, si bien realizada por este autor vigente el art. 924 LEC de 1881, puede transferirse sin problemas al actual art. 699 LEC (*El cumplimiento forzoso de obligaciones*, 1995, cit., pág. 283).

(requerimiento ex art. 699 LEC) da paso a los medios de subrogación: es el caso de las prestaciones de hacer no personalísimo —art. 706 LEC— en que el incumplimiento del requerimiento inicial permite, a elección del acreedor, la adquisición por subrogación del servicio debido en el mercado o la obtención de una indemnización sustitutoria. En algunos casos —art. 702.1 LEC— el propio acreedor es quien debe decidir si la prestación que le es debida se ha de satisfacer a través de un medio de coerción (la entrega *manu militari* de los bienes muebles genéricos en poder del deudor) o a través de un medio de subrogación (la obtención en el mercado de los géneros debidos previo apremio sobre el patrimonio del deudor).

Otro supuesto de utilización de diferentes medios de ejecución en un mismo proceso tiene lugar cada vez que se renuncia, en todo o en parte, sea por imposibilidad material o jurídica, sea por conveniencia del acreedor, a la prestación debida según el título y se la sustituye (*ex lege*) por otra prestación equivalente (novación objetiva de la prestación originaria en una prestación dineraria) cuyo cumplimiento requiere medios de subrogación (apremio sobre el patrimonio): la imposibilidad material o jurídica de deshacer lo mal hecho contraviniendo la obligación de no hacer (art. 710 LEC); la imposibilidad material o jurídica de entrega de la cosa determinada (art. 701.3 LEC); la pérdida de interés del acreedor de las cosas genéricas debidas (art. 702.2 LEC); el fracaso de la coerción indirecta (sea la inicial integrada por el requerimiento, sea la realizada mediante multas coercitivas) en el caso de prestaciones de hacer personalísimo (previa opción del acreedor por ésta —art. 709.1 LEC— o tras un año de imposición de multas coercitivas —art. 709.3 LEC—); la pérdida de interés del acreedor en el hacer no personalísimo (art. 706. 1 LEC).

Como regla general, puede afirmarse que el principio que subyace al sistema de ejecución forzosa que regula la LEC en la selección de medios de ejecución consiste en el de empleo del menor grado de coerción compatible con la mayor satisfacción específica del acreedor: es decir, en la determinación y articulación de los distintos medios de ejecución rige, determinado por el legislador, el principio de proporcionalidad. En efecto, la *ratio legis* que rige la selección legal de medios de

ejecución presupone implícitamente (con acierto) que los mecanismos de coerción tienden a ser más aleatorios que los medios de subrogación tanto en la gravedad de su potencial repercusión sobre la esfera jurídica de los sujetos (pudiendo dañarla o lesionarla excesivamente, sobre todo considerando que los medios de coerción afectan elementos vulnerables de dicha esfera (como la libertad, la intimidad, la integridad física, etc.) como en la eficacia de su resultado para la satisfacción del acreedor (existiendo incertidumbre en el logro del objetivo perseguido pese a la coerción empleada pues todo depende de la solidez de la voluntad contraria al cumplimiento). Por tal razón, la LEC favorece los medios de subrogación no sólo ante prestaciones dinerarias (plenamente fungibles), sino también ante prestaciones no dinerarias consistentes en la entrega de cosas genéricas o prestaciones de un hacer no personalísimo que pueden obtenerse en mercado (en forma de bienes o servicios, respectivamente). El legislador opta en los casos citados (o permite que a ello opte el deudor —arts. 702 y 706 LEC—) por sustituir (primera subrogación) la conducta del deudor por la del propio acreedor que podrá, respectivamente, adquirir por sí mismo los bienes debidos o contratar la conducta de un tercero disponible en el mercado de servicios, entrando en juego la sustitución del tribunal en la gestión del patrimonio del deudor (segunda subrogación) para allegar los fondos necesarios que permitan el pago de tales bienes y servicios (procedimiento de apremio)<sup>117</sup>. En cambio, ante prestaciones de dar cosas determinadas, prestaciones de hacer personalísimo y prestaciones de no hacer, la ley sólo consiente, inicialmente, el recurso a mecanismos de coerción directa e indirecta. Aun en estos casos, la coerción se trata de limitar en su alcance, dándose prioridad a la coerción indirecta sobre la directa (el requerimiento ex art. 699 LEC es preferente en todas las formas de ejecución no dineraria) y vinculándose la coerción con el patrimonio del deudor a través de las multas coercitivas (art. 709.3 LEC) lo que permite limitar la repercusión de la coerción en la esfera personal: la coerción se manifiesta, en el peor de los casos, como pérdida de patrimonio<sup>118</sup>, y sólo de

---

<sup>117</sup> Sin embargo, no se debe perder de vista que incluso el mecanismo de apremio aun cuando comienza con una restricción de tipo ideal o intangible (privación del poder de disposición o legitimación para transmitir) puede terminar exigiendo la entrega de lo enajenado a su adquirente para lo que será necesario el empleo de una coerción de mayor envergadura.

<sup>118</sup> Y aun se delimita el alcance de esta pérdida en el art. 711 LEC: un 20% del valor de la prestación incumplida en la multa periódica y un 50% de tal valor en la multa única.

libertad si a ello conviene el deudor (para evitar la multa). En el caso de la ejecución forzosa de obligaciones de hacer personalísimo el alcance de la coerción se pretende limitar aún más, imponiendo el máximo de un año de imposición de multas mensuales, tras el cual se acude ya al apremio para el pago de una indemnización (art. 709.3 LEC)<sup>119</sup>. Sólo en el caso de que los bienes en juego en la ejecución estuvieran, asimismo, vinculados directamente a la esfera personal (afectiva) del acreedor, no entraría en juego la limitación reseñada (art. 776.2.<sup>a</sup> LEC para procesos matrimoniales y de menores).

En ocasiones, la LEC no precisa los medios de ejecución a emplear para ofrecer una determinada prestación («lo que proceda según el contenido de la condena» —art. 703.1 LEC—; «cualesquiera otras medidas que resulten idóneas» —art. 709.3 i.f.) lo que exige que el tribunal deba seleccionar los medios de ejecución pertinentes. Esta indeterminación legal debe resolverse interpretativamente acudiendo a principios generales presentes en nuestro ordenamiento procesal como el de eficacia, el de derecho material o el de proporcionalidad de los que nos ocuparemos a continuación.

### *1.2.3. La actuación ejecutiva como actuación material*

Se suele afirmar que los mecanismos de subrogación y de coerción que concretan la actividad jurisdiccional ejecutiva se manifiestan como una actuación «material» del tribunal que tiene como efecto una «transformación» externa, tangible o visible de la realidad<sup>120</sup>. Aunque esta descripción del fenómeno ejecutivo resulta muy

---

<sup>119</sup> Sin perjuicio de la clausula de cierre del art. 709.3 LEC según el cual la indemnización es medida alternativa de «cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante y que, a petición de éste y oído el ejecutado, pueda acordar el tribunal» lo que no deja de ser una nueva invocación del principio de proporcionalidad en la determinación de las medidas ejecutivas.

<sup>120</sup> Según GUASP «si un proceso es, genéricamente hablando, aquella institución jurídica por la que se da satisfacción a pretensiones de parte, la figura asume la modalidad ejecutiva cuando lo que la parte pretende es que el órgano jurisdiccional verifique no una declaración de voluntad, sino una conducta física, un acto real o material, que puede ser designado con el nombre específico de manifestación de voluntad para distinguirlo de las declaraciones propiamente dichas. Mientras que en el proceso de cognición la pretensión procesal se satisface positivamente, es decir, se actúa, declarando el Juez aquello que el pretendiente solicita, en el proceso de ejecución la pretensión procesal no es satisfecha positivamente, esto es, actuada, si el Juez no realiza una conducta física, distinta del mero

intuitiva y, en gran número de casos, acertada, es preciso introducir diversos matices si pretendemos que la afirmación sea generalizable a cualesquiera supuestos de ejecución forzosa. En primer lugar, con carácter general o universal (válido para todo supuesto de ejecución y no sólo para casos singulares) se puede decir que la «transformación» que se verifica con la ejecución es «material» sólo en un sentido jurídico: la ejecución produce siempre, es cierto, un cambio de la realidad *jurídica*. Pero inmediatamente hay que notar que a través del proceso de declaración se puede producir igualmente una transformación de la realidad jurídica preexistente. Como hemos analizado en un apartado anterior, mediante la tutela declarativo-constitutiva también se produce un cambio de la realidad jurídica<sup>121</sup>. La diferencia entre la tutela constitutiva y la tutela ejecutiva consiste en que en el primer caso el cambio jurídico tiene lugar en un ámbito ajeno a la autonomía del deudor, es decir, el cambio no se produce mediante la sustitución por el tribunal de una posible conducta voluntaria de parte susceptible de producir dicho resultado, sino en un ámbito dominado por la ley, es decir, el cambio lo realiza la ley con independencia de la voluntad del deudor, mientras que en el segundo caso el cambio lo produce el tribunal al sustituir al deudor en el ejercicio de poderes que, en principio, sí le correspondían. Es el carácter sustitutivo del cambio producido en el segundo caso (fundado en un título ejecutivo) lo que distingue una transformación de otra. La «ejecución» es realización de lo ya decidido o determinado jurídicamente (a partir del título ejecutivo) con carácter ideal pero aún pendiente de adquirir dimensión «real» (en sentido jurídico): sólo se puede «ejecutar» lo que está meramente proyectado y aún no es «real». Pero la realidad que se busca alcanzar no es necesariamente un fenómeno físico (exteriorizable, visible, tangible) más allá de la exteriorización de voluntad del tribunal mediante resoluciones (p. ej., el acto jurídico de remate ex art. 670 o la emisión de una declaración de voluntad en lugar del deudor ex art. 708 LEC). La «realidad» que se transforma siempre con la ejecución (y no sólo en casos singulares) es una realidad jurídica: el cambio en las situaciones jurídicas de las que son titulares los sujetos, su esfera de poderes y deberes; por

---

declarar, que provoca no un cambio ideal en la situación existente entre las partes, sino un cambio físico, real o material, con relación a lo que anteriormente existía» (Guasp Delgado, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, 1968, cit., pág. 193).

<sup>121</sup> Incluso, en cierto sentido, también la tutela mero declarativa y la de condena producen un cambio del *statu quo* preexistente al crear nuevas situaciones de certeza y vinculación.

ejemplo: el tribunal con una adjudicación en pago, transmite el derecho de propiedad mediante declaraciones emitidas en sustitución del poder jurídico que para ello ostentaba el deudor (en cuanto propietario), sin que esta transmisión produzca necesariamente cambios externos o materiales (en el mundo físico). El cambio es un cambio conceptual o meramente jurídico: el cambio en el poder jurídico-real (la titularidad del derecho de propiedad); no existe otra actuación material (más allá de la declaración de voluntad) ni una dimensión «física» o «tangible» (más allá de la conceptual o jurídica); la puesta en posesión inmediata de los bienes adjudicados (que sí requiere de una actuación más intensa y un desplazamiento material, —físico, externo, visible o tangible—) es «sólo» algo eventual y posterior<sup>122</sup>. Es cierto, no obstante, que en algunos casos (muy frecuentes), el cambio jurídico va acompañado de un cambio tangible o visible que va más allá de la mera declaración de voluntad: la desposesión del bien mueble, el desplazamiento forzado del ocupante del inmueble, el hacer o no hacer del deudor (previa coerción directa o indirecta del tribunal) o de un tercero a costa de éste...

En resumen: lo esencial para considerar ejecutiva una actividad judicial no es el modo como el tribunal exterioriza su voluntad (sea mediante resoluciones orales o escritas, sea mediante acciones visibles o tangibles más allá de la mera declaración) ni el modo o instrumento que transforma la realidad (sea mediante actos del propio tribunal o de terceros): el elemento esencial de la actividad jurisdiccional de satisfacción ejecutiva es el mecanismo sustitutivo y coercitivo empleado para

---

<sup>122</sup> Este es, en nuestra opinión, el sentido que debe darse a la afirmación de que en el proceso de ejecución el tribunal actúa mediante «manifestaciones de voluntad» y no mediante «declaraciones de voluntad» que serían propias del proceso de declaración. Las manifestaciones de voluntad no aluden a la visibilidad o tangibilidad de la voluntad del tribunal (que siempre se debe manifestar, es decir, exteriorizarse, también en las meras declaraciones de voluntad: mediante palabras) ni siquiera a la tangibilidad o visibilidad de las transformaciones operadas en las relaciones jurídicas como consecuencia de dicha voluntad exteriorizada (hay supuestos en que dicha transformación no será visible: un cambio de titularidad o de posesión mediata), sino a la efectiva producción (manifestación) de transformaciones (se perciban o no) frente al mero enunciado (declaración) de un *statu quo* preexistente o coetáneo de la declaración (sea éste un imperativo condena con trascendencia en la conducta futura del deudor o una situación jurídica preexistente o coetánea que el tribunal se limita a declarar). FENECH NAVARRO, define las manifestaciones de voluntad como «ejercicio de las facultades o sentidos humanos, manuales o intelectuales, realizado voluntariamente y que produce un efecto jurídico» (Fenech Navarro, Miguel, *El proceso penal*, 1956, pág. 214): esta definición no permite distinguir la tutela declarativa-constitutiva de la tutela ejecutiva.

producir el cambio jurídico mencionado en el marco del título ejecutivo; la inmisión del tribunal en la esfera jurídica del deudor sin contar con su voluntad y que éste debe soportar como resultado de su responsabilidad.

### *1.3. La posición jurídica del demandado en la ejecución: responsabilidad*

#### *1.3.1. La responsabilidad como situación de sometimiento del ejecutado*

El tribunal realiza, como se ha llegado a decir, un servicio público a través de la «prestación jurisdiccional», pero no lo hace a costa de la hacienda pública (salvo en lo que respecta a la infraestructura común a la actuación jurisdiccional, sin perjuicio, a su vez, del cobro de las tasas correspondientes). Es decir, la prestación jurisdiccional no persigue otorgar la tutela debida al acreedor, su satisfacción, a costa del Estado sino a cargo del propio deudor sobre quien recae la sanción como consecuencia del incumplimiento. La sanción se canaliza a través de la responsabilidad y ésta se concreta en el deber para el deudor de soportar (*pati*) la inmisión del tribunal en su esfera jurídica<sup>123</sup>. La esfera jurídica del deudor queda sometida a la actuación sustitutiva y coercitiva del tribunal que caracteriza la actividad ejecutiva con el alcance que exija la satisfacción del acreedor amparada por el título y según el medio de ejecución seleccionado. Al igual que la satisfacción u orden jurídico a que el demandante aspira se fundamenta en un derecho (acción ejecutiva) frente al tribunal, distinto del derecho subjetivo o interés que pudiera

---

<sup>123</sup> CARRERAS la define como una situación subjetiva de «sujeción al poder y al obrar ajenos» (Carreras Llansana, Jorge, *El embargo de bienes*, 1957, cit., *passim* y pág. 14). PUGLIATTI afirma que «frente al derecho o poder del acreedor actuante, está el estado de sujeción del deudor ejecutado, y frente a la acción ejecutiva que a aquel compete, está la responsabilidad ejecutiva que grava a este último. Con el ejercicio de la acción ejecutiva el acreedor actuante pone en movimiento el mecanismo procesal ejecutivo, el cual se aplica al deudor gravado de responsabilidad por ejecución. De esto es posible deducir: a) Que la responsabilidad (ejecutiva) es, como la acción, una posición de derecho procesal. b) que “mientras la acción expresa un poder frente al órgano del proceso, la responsabilidad consiste en una sujeción al poder de éste” (Carnelutti). No puede haber dificultad en admitir que la responsabilidad es una posición procesal autónoma del deudor ejecutado, como la acción ejecutiva constituye una posición procesal autónoma del acreedor actuante: la relación procesal, también en fase ejecutiva, tiene plena independencia, y se funda sobre el título ejecutivo del que nacen: a) en favor del acreedor la acción ejecutiva; b) frente al deudor la responsabilidad ejecutiva; c) frente al ejecutor, respectivamente, el deber de ceder al impulso que se imprimió mediante el ejercicio de la acción ejecutiva y el poder de valerse de medios de ejecución contra el deudor responsable» (Pugliatti, Salvatore, *Esecuzione forzata...*, 1935, cit., pág. 142).

tener frente al deudor (que, sin embargo, suele ser el que directamente expresa el título ejecutivo que se esgrime y que alude todavía a una prestación del deudor frente al acreedor<sup>124</sup>), la posición jurídica pasiva del demandado frente al tribunal ejecutor (responsabilidad) difiere de la posición jurídica pasiva frente a su acreedor (que es, insistimos, la que suele consignar el título<sup>125</sup>). En efecto, en todos aquellos supuestos en que el orden jurídico y el interés subjetivo amparados por las normas se satisfacen mediante prestaciones de unos sujetos frente a otros de tal forma que la prestación de una parte satisface a la contraria, la tutela o realización jurisdiccional de este orden se puede desdoblarse en dos modalidades de satisfacción jurisdiccional: una primera (tutela declarativa) que persigue la declaración (por un tribunal) de la certeza del carácter debido (o indebido si adoptamos la perspectiva del deudor que busca la absolución) de las prestaciones o la determinación de su alcance, sea en su forma originaria, sea en la que adoptan como resultado del incumplimiento (cumplimiento forzoso —tardio—; resolución y restitución de prestaciones; resarcimiento de daños e indemnización de perjuicios —con frecuencia acumulada a las anteriores—) y una segunda modalidad consistente en la realización por el tribunal, en sustitución del deudor, de aquella actividad jurídica (y material en su caso) necesaria para satisfacer al acreedor según lo que consagra el título (realizando así el orden a que aspira la norma) sometiendo al deudor al poder coercitivo del tribunal (sujeción que es el contenido de la responsabilidad y cuyo efecto es conocido como sanción)<sup>126</sup>.

---

<sup>124</sup> Aunque debe advertirse que la condena no se corresponde necesariamente con la prestación objeto de la obligación tal como se manifestaba antes del incumplimiento: la declaración del tribunal puede suponer una prestación distinta de la incumplida, tal como ocurre en los casos de resolución o de resarcimiento. PUGLIATTI defiende, por ello, la identificación del resarcimiento con el cumplimiento (de la obligación original) en cuanto resulta satisfactoria para acreedor y afirma que «la condena del deudor al resarcimiento de los daños [...] puede tenerse como realización del derecho del acreedor, porque la transformación objetiva ha tenido lugar en el seno del proceso (de declaración) y el derecho del cual el acreedor pudo esperar la realización es aquél derivado de la sentencia de condena» (Pugliatti, Salvatore, *Esecuzione forzata...*, 1935, cit., pág. 129). Parte este autor de una noción objetiva de cumplimiento para la cual el elemento determinante del mismo es la satisfacción del acreedor, de modo que «la realización del derecho significa: realización de un objetivo (práctico) del acreedor [...] La posición del acreedor es, por eso, un punto de referencia, y no sólo un aspecto parcial del fenómeno» (*Ídem*).

<sup>125</sup> En este sentido, el título ejecutivo equivale a la *causa petendi* de la demanda de ejecución, pero no necesariamente refleja el *petitum*.

<sup>126</sup> La división de la tutela en dos etapas es también propia de los países de *Common law*. Afirma JACOB que «en todos los sistemas de *Common law*, la ejecución de una sentencia o resolución,



### 1.3.2. La esfera jurídica del deudor como objeto de responsabilidad

Se suele afirmar que la responsabilidad del deudor alcanza únicamente a su patrimonio, y que, por ello, la actuación sustitutiva y coercitiva del tribunal que la actúa sólo tiene como objeto tal patrimonio: el conjunto de bienes y derechos sobre los que el deudor ejerce un poder legítimo de configuración jurídica (poder en cuyo ejercicio sería sustituido por el tribunal: medios de subrogación). Pero, en nuestra opinión, el objeto de la actuación del tribunal es más amplio, pues comprende toda la esfera jurídica del deudor, integrada, además de por su patrimonio en sentido estricto (sobre el actuarán los medios de subrogación), por el conjunto de bienes y derechos sobre los que el deudor pueda ostentar un poder de hecho (posesión o mera detentación), sea éste lícito o ilícito, así como por el entero ámbito de libre determinación de su conducta sobre el que ejerce su soberanía en cuanto sujeto titular de libertad: la esfera de libre albedrío del sujeto (sobre la que actuarán, principalmente, los medios de coerción)<sup>127</sup>. El

---

sea o no de dinero, es canalizada a través de un nuevo procedimiento, secuela del original. Por esta razón, la iniciativa para la adopción de las oportunas medidas de ejecución está en manos de la parte vencedora, el titular de la sentencia. La elección de si hacerlo o no y cuando, corresponde a la parte y no al tribunal. Parecerá extraño, pero es la ley, que el tribunal, habiendo dado la sentencia o resolución contra una parte, no tenga ni la iniciativa ni el deber de ejecutar tal sentencia u orden, sino que debe dejar esta decisión a la parte triunfadora. La teoría o concepto de que el tribunal debería ejecutar sus propias sentencias no ha tenido muchos seguidores. La única posible excepción es el caso del incumplimiento de una resolución, como una intimación, merecedora de sanción procesal [*Contempt of Court*], en cuyo caso, el Fiscal, como representante del interés público, puede tener el poder de articular un proceso para encarcelar al incumplidor, pues de otro modo se podría decir que la ley se puede desobedecer impunemente» (Jacob, Jack, en AA. VV. (Jack Jacob, coord.), *Trends in the Enforcement of Non-money Judgments and Orders: The First International Colloquium on the Law of Civil Procedure*, Kluwer Law Intl, La Haya (Holanda), 1988, pág. 18).

<sup>127</sup> Señalan MONTERO AROCA Y FLORS MATÍES que «se ha sostenido reiteradamente que el objeto de la ejecución es el patrimonio del ejecutado porque en los ordenamientos modernos no existe ejecución personal, [...] siendo teóricamente posible que la ejecución recaiga tanto sobre el patrimonio como sobre la misma persona del ejecutado, es cierto que los ordenamientos modernos tienden a una ejecución meramente patrimonial, si bien no pueden renunciar en casos especiales a la ejecución en la propia persona del ejecutado» (Montero Aroca, Juan; Flors Matíes, José, *Tratado del proceso de ejecución civil*, tomo II, 2004, cit., pág. 1979). Parece, sin embargo, que estos autores atribuyen al lanzamiento la condición de ejecución personal al identificar ésta con la efectuada a través de medios de coerción (directa o indirecta); así afirman que «existen casos en los que tratándose de obligaciones de dar o de hacer, ante la negativa del ejecutado debe acudir a la coacción personal, pues o bien no se trata de un hacer que pueda calificarse de personalísimo (el lanzamiento en desahucio), o bien la conversión en dinero carece de sentido (la negativa de uno de los cónyuges a abandonar el domicilio conyugal, la negativa a permitir que el otro cónyuge visite a los hijos según lo

tribunal, en consecuencia, podrá privar al deudor de su poder jurídico de disposición sobre su patrimonio, enajenando forzosamente un bien que le pertenece, pero igualmente podrá privarlo del poder fáctico que ejerce sobre un bien (su ámbito de dominio posesorio o de mera detentación) mediante la desposesión coactiva del mismo o, en fin, restringir su ámbito de libertad personal constriñendo un hacer o un no hacer que le es exigible.

La anterior perspectiva nos permite aclarar el alcance de la clasificación de la ejecución forzosa en el binomio personal-real, así como el sentido de la pretendida limitación o incluso prohibición de la primera (prohibición de ejecución personal). La ejecución forzosa se puede clasificar en el binomio personal-real según diferentes criterios. En primer lugar, se puede calificar la ejecución como personal o real en función del aspecto de la esfera jurídica del deudor que resulte afectado por la ejecución. Si el aspecto afectado por la ejecución es la esfera de libertad personal del deudor, la ejecución se considerará «personal», mientras que se la calificará de «real» si el aspecto afectado por la actividad ejecutiva es el patrimonio del deudor o el conjunto de bienes y derechos —ajenos a su persona— sobre los que éste ejerce su poder. No nos parece acertado este criterio pues termina resultando confuso. En efecto, toda ejecución comprende, dado su carácter coercitivo, un determinado grado de privación de libertad o de poder de libre determinación del deudor: la ejecución que priva al demandado de un bien de su propiedad lo hace sustituyendo (contra su voluntad) su poder de disposición sobre el mismo y, en este sentido, de seguirse rigurosamente el anterior criterio, toda ejecución sería siempre personal (con lo que el criterio pierde su valor clasificatorio o diferenciador); del mismo modo, una actuación ejecutiva sobre el patrimonio (multas coercitivas) —ejecución real según el criterio objeto de nuestra crítica— puede ser el instrumento de una privación de libertad, que ya no será formada libremente (la voluntad estará «viciada» por el temor a la multa) de modo que una ejecución podría, de seguirse este criterio, ser calificada al propio tiempo como ejecución personal (privación de libertad) y real (privación de patrimonio), perdiendo nuevamente el criterio su valor diferenciador.

---

dispuesto en la sentencia, etc.)» (*ídem*).

Un segundo criterio para clasificar la ejecución en personal y real, a nuestro parecer menos confuso que el anterior (y que, como veremos, atiende mejor a la función garantista que, en el fondo, persigue esta distinción), se centra en aquel elemento de la esfera jurídica del deudor que, de modo directo, satisface al demandante. Será «real» aquella ejecución que persigue la obtención de bienes (muebles o inmuebles) incluidos en la esfera jurídica del deudor —sea por tener el deudor sobre ellos un poder jurídico: integrando en tal caso su patrimonio en sentido estricto, sea por estar bajo su poder de hecho—, para satisfacer con ellos al acreedor. Será «personal» aquella ejecución dirigida a satisfacer al acreedor con «el propio deudor» (léase «con su conducta» y, por ser la fuente de la misma, «su libertad»), al margen de su patrimonio o los bienes sobre los que ejerce su poder<sup>128</sup>; en este segundo caso, el valor que satisface de manera directa e inmediata al acreedor es algún aspecto del ámbito de libre determinación del sujeto sobre su propia persona y su conducta, su libre determinación o libertad (cuyos efectos en forma de conductas satisfacen al ejecutante). Cuando el elemento de la esfera jurídica del deudor que se pone al servicio del acreedor es un objeto (sea considerado por su valor de uso, es decir, por su valor en sí mismo, sea considerado por su valor de cambio o valor en el mercado) estaremos siempre ante una ejecución real aunque instrumentalmente (de modo mediato), para conseguir extraer dicho bien del dominio del deudor haya que inmiscuirse también en su esfera personal. En consecuencia, será real la ejecución forzosa de una prestación consistente en dar una cantidad de dinero pero también la ejecución forzosa consistente en la entrega de cosa determinada (mueble o inmueble), aun cuando para obtenerla se acuda a medios coercitivos como la desposesión del bien mueble o el lanzamiento *manu militari* del inmueble, medios que obviamente limitan la libertad personal del deudor (por ejemplo, su libertad ambulatoria en el caso de un lanzamiento); será igualmente real la ejecución de un hacer fungible (entendido como un servicio, ajeno a la persona del deudor) si este hacer se le proporciona al acreedor mediante su adquisición en el mercado financiada con la enajenación de bienes del deudor: el aspecto de la esfera jurídica

---

<sup>128</sup> O, en su versión más extrema, hoy día inconcebible, la propia persona del deudor: el resultado último de la *manus iniectio* romana (la venta *trans tiberim* o el casi inconcebible *in partes secanto*) o de los distintos supuestos históricos de servidumbre por deudas.

del deudor que satisface al acreedor es su patrimonio<sup>129</sup>. En cambio, la ejecución será personal si el elemento de la esfera jurídica del deudor que ha de satisfacer directamente al acreedor es algún aspecto de su persona (que, como veremos, no será nunca, lógicamente, su propia persona en sentido literal, en su corporalidad o en aspectos esenciales integrantes de su esencia o dignidad como tal persona, su libertad en términos absolutos, por ejemplo) y, en particular, su propia libertad respecto a su quehacer: un hacer personalísimo o un no hacer<sup>130</sup>.

Como vemos, desde la perspectiva adoptada no existe una correspondencia estricta de los medios de subrogación con la ejecución real y de los medios de coerción con la ejecución personal. La ejecución (real) puede perseguir la posesión inmediata de bienes específicos, muebles o inmuebles, actuando en tal caso a través de medios de coerción (directa o indirecta) para obtener dichos bienes, mientras que la ejecución que persigue la puesta en posesión mediata de dichos bienes o la ejecución dineraria (también formas de ejecución real), podrán emplear exclusivamente medios de subrogación (limitándose el tribunal, por ejemplo, a publicitar a terceros el nuevo estado posesorio del bien, en el caso de la ejecución no dineraria para la entrega de una posesión mediata, o a enajenar los bienes mediante el procedimiento de apremio, prescindiendo de la voluntad y de la conducta del deudor, en los supuestos de ejecución dineraria). La ejecución personal, por su parte, puede acudir para lograr su objetivo a medios de coerción indirecta (mandatos o multas), algunos de los cuales (las multas coercitivas), aunque exigen una intromisión en la esfera patrimonial del deudor (pues los bienes del deudor son embargados y se sigue el procedimiento de apremio para obtener la liquidez con la que hacer efectivas las multas), sólo son

---

<sup>129</sup> En contra, vid. MONTERO AROCA Y FLORS MATÍES, quienes afirman: «suele decirse que la consecuencia prevista en la ley es, en nuestro Derecho, siempre patrimonial, pero ello no es así. Teóricamente, las consecuencias pueden ser personales y patrimoniales; en el segundo caso el objeto de la ejecución se reduce siempre, de una u otra manera, a los bienes del ejecutado, mientras que en el primero la ejecución puede recaer en la persona misma del ejecutado. En el proceso de ejecución civil español lo patrimonial es predominante, pero no exclusivo; existen manifestaciones evidentes de la ejecución personal (como es el caso del lanzamiento en el desahucio)» (Montero Aroca, Juan, (con Flors Matíes, José), *Tratado del proceso de ejecución civil*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 558).

<sup>130</sup> Vid. PRIETO-CASTRO, Leonardo, *Tratado de Derecho procesal civil*, Aranzadi, Pamplona, 1982, pág. 664.

un instrumento para alcanzar el aspecto de la esfera del deudor que resulta satisfactivo para el acreedor: su conducta activa (hacer) o pasiva (no hacer). El carácter instrumental de las multas coercitivas queda demostrado si se comprueba que las cantidades obtenidas no se entregan al acreedor. También será personal la ejecución forzosa de aquella prestación (personalísima) consistente en la emisión de una declaración de voluntad en la que el tribunal se sirve, no obstante, de mecanismos de subrogación y no de coerción<sup>131</sup>: la subrogación del tribunal no sirve en este caso para atribuir un bien al acreedor o para obtener su valor de cambio y su entrega al acreedor, sino para suplantar el poder de configuración jurídica del deudor por ser este un aspecto de su libertad de determinación (autonomía de la voluntad) que, precisamente, satisface al acreedor<sup>132</sup>.

---

<sup>131</sup> ORTELLS RAMOS incluye entre los mecanismos de subrogación los atinentes a la emisión de una declaración de voluntad pues «puede ser ejecutada en determinados supuestos, supliendo el tribunal con una resolución la declaración omitida por el ejecutado (arts. 708.1 y 2 LEC)» (Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 734).

<sup>132</sup> FAIRÉN describe la ejecución personal de modo acorde con lo que hemos expresado considerando que «existe una serie de ejecuciones de sentencias, dictadas por razón de la actividad o inactividad de las personas, en las que ellas desempeñan un papel predominante e indiscutiblemente desligado de los bienes, aunque éstos puedan ser de entidad (por ejemplo, las relaciones entre marido y mujer, o entre un sujeto incapacitado y sus familiares, o entre padres e hijos). Y ya veremos que se trata de las sentencias en materias de estado y condición de las personas y también aquellas otras en que se trate de lo que sea un derecho de la personalidad» (Fairén Guillén, Víctor, «La sistematización de la ejecución forzosa española», 1969, cit., pág. 881). Sin embargo, parece seguir otro criterio para definir la ejecución personal, desplazando el centro de gravedad al mecanismo de coerción, cuando afirma que «existen ejecuciones personales, y no puede dejarse de reconocerlo, lo es la de las sentencias de lanzamiento; lo es la interdictal [...] Se nos dirá que se trata, en realidad, de garantizar ejecuciones que pueden subsumirse al grupo genérico de las de hacer, no hacer cosa específica o dar cosa específica. Pero las repercusiones que muchas de estas ejecuciones —aunque versen también sobre bienes patrimoniales— tiene sobre el ámbito de la persona humana es grande para reducir las a fenómenos de simple ejecución patrimonial [...] Ya no es solamente el caso de que se prive a un individuo de su domicilio (del que lo era) lo cual raya en muy cercano a lo que, de no ser una sentencia judicial, constituiría una agresión a un derecho del hombre {artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos} cual ocurre con la ejecución de una sentencia de lanzamiento “sin consideración de ningún género” [...] El ejemplo de la sentencia de lanzamiento, a nuestro entender es claro y creemos que en ella se sobrepone la idea de que el lanzado queda privado de la posesión —en sentido lato— de un bien, la de que se ha restringido coactivamente su derecho de libertad de domicilio, un derecho de la personalidad humana» (*ibidem*, págs. 879 a 881). GUASP, atendiendo simultáneamente a ambos aspectos, afirmaba, en referencia al lanzamiento, que «esta ejecución tiene la particularidad de traducirse en medidas que pueden recaer sobre la persona, y no sólo sobre los bienes del condenado» (Guasp Delgado, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1968, pág. 1146).

La clasificación de la ejecución en personal y real ha servido de instrumento conceptual para poner de relieve la necesidad de reconocer un ámbito intangible a la ejecución a través de la prohibición de la ejecución personal. El ámbito intangible a la ejecución vendría delimitado por el concepto de dignidad de la persona que ha sido considerado en nuestro Estado de Derecho como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE). Dicho ámbito intangible a la ejecución se identifica habitualmente con determinados aspectos de la esfera personal del sujeto (su vida, su integridad física, su libertad, el libre desarrollo de su personalidad...) más que con su esfera patrimonial o con los bienes bajo su dominio, lo que justificaría la preferencia (a modo de principio) por la ejecución real frente a la personal. En este mismo sentido, es cierto que incluso cuando la ejecución real requiere el empleo de mecanismos de coerción directa (para la entrega posesoria de bienes determinados), el elemento real de la ejecución (su referencia última a bienes) permite limitar el alcance de la invasión de la esfera personal del sujeto (la coerción será la estrictamente necesaria para lograr la entrega del objeto debido y está en mano del deudor entregarlo y liberar así su esfera de libertad). Por todo ello, en nuestro ordenamiento, tradicionalmente se ha sostenido con firmeza la negativa a admitir la ejecución personal (expresada en el aforismo *nemo praecise ad factum cogi potest*) pues el objeto de la prestación es el valor atribuido a la propia conducta del deudor (el *factum*), lo que puede degenerar fácilmente (aunque no necesariamente) en una conculcación intolerable de su dignidad<sup>133</sup>. En cambio, no se ha proyectado tal limitación sobre los medios de coerción cuando han sido empleados de modo instrumental para constreñir la conducta (un *factum*) relativa a la entrega (un *dare*) de cosa mueble o inmueble (siendo el caso extremo el lanzamiento mediante coerción directa y *manu militari* —vis absoluta o ablativa— ) pues la referencia objetiva o real delimita en estos casos, como acabamos de decir, la coerción necesaria.

---

<sup>133</sup> Es por ello que «el recurso a la exacción de responsabilidad penal por desobediencia como consecuencia del incumplimiento de ejecuciones civiles haya sido aplicado de forma excepcional y en supuestos ciertamente muy concretos {...} En la jurisprudencia norteamericana son demostrativos de las dificultades de esta materia una serie de casos del Estado de Nueva York en los que un matrimonio judío había firmado un acuerdo por el que ambos contrayentes se comprometían a obtener el divorcio religioso: el posterior incumplimiento de ese convenio por uno de los cónyuges revelaba las carencias de la solución indemnizatoria y los límites de la ejecución específica por referirse a derechos fundamentales de los individuos» (Verdera Server, El cumplimiento forzoso de obligaciones, cit., 1995, pág. 37 y nota 13).

Con todo, identificar el ámbito intangible a la ejecución (incluso como exigencia constitucional) con la prohibición de la ejecución personal no es exacto. En primer lugar, también la ejecución real (incluso en aquellos casos en que se desarrolla por subrogación y, por tanto, sin forzar directamente la voluntad del deudor sino prescindiendo de ella) puede llegar a afectar el ámbito de dignidad de la persona: unas ciertas condiciones materiales constituyen el mínimo existencial que es condición *sine qua non* para el libre desarrollo de la personalidad. Destruir la existencia económica del deudor mediante una ejecución dineraria puede conducir al resultado que con la limitación a lo real de la ejecución se quería evitar. Lo mismo puede ocurrir con la privación de bienes singulares (ejecución no dineraria consistente en dar cosa determinada) cuando estos bienes se vinculan a otros bienes jurídicos considerados esenciales para la dignidad humana (como puede ocurrir, por ejemplo, con el lanzamiento de vivienda<sup>134</sup> o con el embargo de los bienes necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio) y, por esta razón, amparados por derechos fundamentales (integridad física, intimidad, libertad, seguridad...). Por consiguiente, también en la ejecución real entran en juego determinadas restricciones a la actividad ejecutiva, tanto absolutas (consideración de ciertos bienes como inembargables, prohibición de que el desalojo deje personas sin hogar...), como relativas (exigencia de que el apremio no produzca más daño patrimonial —o de otro tipo— del estrictamente necesario para la satisfacción del acreedor), que persiguen delimitar el efecto de la ejecución sobre la dignidad de la persona del deudor. Volveremos sobre lo expuesto al analizar los principios de derecho material y de proporcionalidad.

La segunda razón que hace inapropiada la prohibición de ejecución personal como medio de salvaguardar la dignidad de la persona en el curso de la ejecución es que la eliminación de toda forma de ejecución personal podría conducir al efecto contrario al deseado y poner en peligro la dignidad personal (y por consiguiente, sus derechos fundamentales) del propio demandante o de terceros. Este último es el caso evidente de las pretensiones de ejecución relativas a derechos personalísimos en el marco de las relaciones familiares (derechos de visita a los hijos, por

---

<sup>134</sup> Vid. parte tercera.

ejemplo<sup>135</sup>) donde la supresión de la ejecución personal supondría una dejación de funciones del Estado de Derecho en garantía de un orden jurídico justo. Es más, ciertas formas de ejecución personal a través de medios de coerción indirectos como las multas coercitivas pueden ser tan respetuosas con la dignidad del demandado como lo puedan ser los medios de ejecución real por subrogación, sobre todo si se establecen limitaciones adicionales que, como hemos señalado, impidan que mediante tales multas se llegue a destruir la esfera económica del deudor o se produzca una desproporción intolerable entre el daño que sufre el deudor en relación con el beneficio que obtiene el acreedor (limitaciones que nuestro ordenamiento establece expresamente el art. 709.3 LEC al fijar en un año el periodo de tiempo durante el cual el demandado puede quedar sometido a la imposición de multas coercitivas mensuales para el cumplimiento de obligaciones de hacer personalísimo: transcurrido ese tiempo se procede a la transformación del deber de hacer en una indemnización de daños y perjuicios; adicionalmente la multa se fija por un porcentaje del valor económico de la prestación que trata de forzar —art. 711 LEC—)<sup>136</sup>.

---

<sup>135</sup> Razón por la cual el art. 776, al ocuparse de la ejecución forzosa de medidas provisionales o definitivas adoptadas en casos de nulidad, separación y divorcio, establece en su regla 2.ª: «En caso de incumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, no procederá la sustitución automática por el equivalente pecuniario prevista en el apartado tercero del artículo 709 y podrán, si así lo juzga conveniente el Tribunal, mantenerse las multas coercitivas mensuales todo el tiempo que sea necesario más allá del plazo de un año establecido en dicho precepto».

<sup>136</sup> Además, la ejecución del apremio para el cobro de la multa o de la indemnización que pueda imponerse conllevará las restricciones propias de la ejecución dineraria (bienes inembargables).

La razón de estos límites es la proporcionalidad: la ejecución específica es una manifestación de la eficacia que para la tutela judicial del acreedor garantiza la constitución con rango de derecho fundamental, pero debe coherarse con la tutela que es, asimismo, debida al demandado cuya esfera jurídica no puede ser irracional o desproporcionadamente vulnerada. ESCALER BASCOMPTE critica esta limitación precisamente en las obligaciones de hacer, pues, en su opinión «resulta contradictorio que el legislador haya optado por fijar, como regla general, un límite máximo de un año a la duración de las multas coercitivas en aquellos casos en que quizás con una mayor persistencia en el tiempo pudieran acabar teniendo eficacia. [...] no se comprende por qué el legislador corta la posibilidad de seguir coercionando por esta vía transcurrido el año. Más aun cuando el propio legislador, en otros puntos de la LEC, como al regular la ejecución forzosa para los procesos matrimoniales en el art. 776 LEC, no ha tenido inconveniente en reconocer el mantenimiento de las multas coercitivas por todo el tiempo que haga falta en caso de incumplimiento de las obligaciones no pecuniarias de carácter personal» (Escaler Bascompte, Ramón, «Prevalencia del derecho a la ejecución en sus propios términos con respecto a los posibles límites en cuanto a la tipología de medidas ejecutivas y a la duración de la ejecución», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núms. 3-4, 2008, pág. 277). En nuestra opinión, lo discutible es que tal limitación no se haya extendido a todos los supuestos en que se prevén el recurso a las multas coercitivas como medio de ejecución (obligaciones de hacer —art. 710— o, en general,



En realidad, cuando se niega radicalmente la posibilidad de ejecución personal no se pretende afirmar que la voluntad de la persona —su esfera jurídica de libertad— no pueda ser constreñida (lo que, por otra parte, resulta indispensable incluso para ejecutar prestaciones de entrega de bienes muebles o inmuebles en el curso de la ejecución real por excelencia, la ejecución dineraria —para la entrega de la cosa adquirida mediante subasta—), ni siquiera que tal voluntad (o la conducta que con ella se pone en marcha) en sí misma considerada no pueda ser un objeto admisible para la satisfacción del acreedor (como la voluntad de permitir o facilitar la visita de los hijos al otro cónyuge). Cuando se hacen afirmaciones tajantes sobre la exclusión de la ejecución personal de nuestro ordenamiento se está haciendo o bien una precisa referencia a la superación histórica de sus manifestaciones más radicales y primitivas (la esclavitud o servidumbre por deudas y la prisión por deudas) o bien una exigencia de preservar en la ejecución la dignidad de la persona del demandado, exigencia que, en nuestra opinión, se satisface con más corrección a través de los principios de derecho material y proporcionalidad.

En el supuesto de esclavitud o servidumbre por deudas, la persona se patrimonializa, se convierte ella misma (en su totalidad, no sus conductas concretas) en un objeto con valor de uso o de cambio que puede ser explotado o vendido, desapareciendo su dignidad, su rango de persona, en beneficio del acreedor<sup>137</sup>. El

---

cualquier prestación, conforme al art. 699 LEC); la limitación específica se explica en razón del principio de proporcionalidad: téngase en cuenta que 12 multas por valor del 20% de la prestación suponen que el demandado habrá abonado, al transcurrir un año, un 240% su valor original y todavía quedaría obligado a indemnizar al demandante; por otra parte, las multas drenan los recursos del ejecutado sin conseguir satisfacer al demandante (incluso impidiendo definitivamente cualquier satisfacción si conducen a la insolvencia del deudor incurriendo, de este modo en una quiebra de la proporcionalidad) y favorecen al litigante con recursos (que pagando puede evitar la ejecución) frente al demandante (que sigue sin obtener el cumplimiento). La inexistencia de limitación para exigir las prestaciones ex art. 776 LEC, sin embargo, se explica porque el incumplimiento afecta en este caso de modo muy intenso a la dignidad del ejecutante —negación del derecho de visita a los hijos, por ejemplo— por lo que el criterio de proporcionalidad permite ampliar el plazo de un año, aunque siempre bajo el control de proporcionalidad a cargo del tribunal (control que, por otra parte, también le corresponde en los supuestos genéricos del art. 699 LEC); la falta de limitación temporal de las multas impuestas para el cumplimiento de obligaciones de no hacer —párrafo 2 del art. 710.1 LEC: «se procederá de esta forma cuantas veces se incumpla la condena»— resulta ciertamente más difícil de explicar, precisamente por su fácil deriva en una pérdida de proporcionalidad de la medida (insolvencia del deudor sin logro de resultados para el acreedor).

<sup>137</sup> Paradójicamente, lo que se está sosteniendo con esta figura es una ejecución patrimonial o real pero considerando a la persona como parte de dicho patrimonio. Negar la esclavitud o

supuesto de prisión por deudas no necesariamente es siempre una modalidad de ejecución personal. La prisión por deudas (o por incumplimiento de prestaciones, en general) puede concebirse como una sanción penal y no como un medio de ejecución; sanción cuya pertinencia habría de valorarse según criterios específicamente penales, es decir, considerando el desvalor objetivo que produce el incumplimiento (desde la perspectiva del bien jurídico protegido) y subjetivo («no hay pena sin dolo ni culpa»: evitando la responsabilidad objetiva) así como en atención a los diferentes fines de la pena. La prisión por deudas (por incumplimiento de obligaciones), sin embargo, también puede concebirse como un medio de ejecución cuando se emplea o instrumentaliza como medio de coerción indirecta (lo que es evidente cuando la privación de libertad cesa al producirse el cumplimiento), sea al servicio de una ejecución real (la prisión en este caso, más que «por deudas» o por haber contraído deudas a las que no se puede hacer frente, es «para liquidar deudas», es decir, persigue el pago al forzar al deudor a revelar su patrimonio) o personal (la prisión aspira a constreñir el cumplimiento de deberes de hacer o de no hacer). Es el destierro de esta segunda modalidad de prisión por deudas (como mecanismo de ejecución) lo que se ha considerado como triunfo civilizador<sup>138</sup>. Por tanto, la prohibición de la prisión por deudas en el sentido expuesto (la prisión como medio de coerción de deberes jurídicos) no supone la negación de la ejecución personal en todas sus expresiones, sino la exigencia de una necesaria ponderación de medios y resultados en este tipo de ejecución: la exigencia de

---

servidumbre por deudas es negar una determinada consideración de la persona en el ordenamiento (como cosa y no como sujeto) pero no, en sí misma, la ejecución personal, pues expresiones concretas de la voluntad de la persona (ya como tal considerada) pueden ser instrumento legítimo de satisfacción del acreedor y, por tanto, coercibles (como coercible es la entrega de posesoria de bienes determinados limitando para ello la libertad del demandado para ejercer su poder o tenencia sobre los bienes).

<sup>138</sup> Sin embargo, no puede olvidarse que el *contempt of court* anglosajón (en su modalidad conocida como *civil contempt*) conlleva la prisión por incumplimiento de una orden ejecutiva del tribunal cesando la prisión una vez el preso se aviene al cumplimiento (se dice que «el demandado tiene la llave de su celda»), es decir, es una forma de prisión para pago de deudas, sin que pueda afirmarse que estos países se hallen en estado de barbarie. Frente al *civil contempt*, mediante el denominado *criminal contempt* el deudor sufre una multa o privación de libertad como sanción por haber desobedecido al tribunal sin que la sanción desaparezca por el cumplimiento tardío: es el equivalente al delito o falta de desobediencia de nuestro ordenamiento, aunque la sanción es impuesta por el propio tribunal que conoce del juicio civil.

considerar la dignidad de la persona como un límite a cualquier medio de realización judicial del derecho<sup>139</sup>.

En resumen, más que de inexistencia de ejecución personal, en nuestro Ordenamiento se puede hablar de la existencia de un *principio de derecho material* y un *principio de proporcionalidad*. El primero exige considerar en el curso del proceso de ejecución, no sólo las normas procesales sino infinidad de normas materiales y, entre ellas, las normas que protegen la dignidad de la persona (las normas constitucionales —e internacionales— sobre derechos fundamentales). El segundo, el *principio de proporcionalidad* sirve a la ponderación de los diferentes derechos fundamentales contrapuestos (ofreciendo instrumentos racionales para determinar el curso de la actividad procesal): el derecho del acreedor a obtener una tutela específica al amparo del art. 24 CE (tras el cual pueden situarse otros derechos fundamentales —y, con ellos, la dignidad del acreedor—) y el derecho del deudor a ver respetada su dignidad como persona, protegida a través de los diferentes derechos fundamentales según las facetas en que se expresa dicha dignidad (la integridad física, la seguridad, la intimidad, la libertad...) y a no sufrir la «indefensión» en el curso del proceso (exigencia derivada, como en el caso del demandante, del art. 24 CE: carácter bifronte de la acción) que supondría el desconocimiento de tal dignidad.

Para hacer efectiva la dignidad de la persona, nuestro sistema de ejecución, aplicando *ex lege* criterios de proporcionalidad, restringe, sin excluirla, la ejecución personal. La restricción se manifiesta, en primer lugar, al reservarse la ejecución personal a supuestos en que la prestación del deudor consiste en una conducta personalísima, que no puede ser adquirida en el mercado como un servicio (prestado

---

<sup>139</sup> En este sentido, descartando afirmaciones dogmáticas, VERDERA SERVER considera que «La cuestión fundamental en torno a la ejecución forzosa consiste en alcanzar la ejecución de la sentencia con un mínimo de elasticidad y un máximo de eficacia: se trata, pues, de valorar conforme a los principios esenciales de cada ordenamiento cuál es el margen del que dispone el legislador a fin de compeler al deudor a ejecutar lo dispuesto en las sentencias» (Verdera Server, Rafael, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, 1995, cit., pág. 153). Según TAPIA FERNÁNDEZ, las medidas a emplear «serán tanto más justas cuanto que, por un lado, hagan conseguir al titular del derecho lesionado la perfecta utilidad y, por otro, produzcan en la esfera jurídica del deudor la menor distorsión posible» (Tapia Fernández, Isabel, *Las condenas no pecuniarias, (ejecución de sentencias de dar, hacer y no hacer)*, Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, Palma de Mallorca, 1982, pág. 15).

por un tercero)<sup>140</sup>. En segundo lugar, la restricción se manifiesta al otorgar preferencia como medio o instrumento de ejecución de la ejecución personal a la coerción indirecta (multas coercitivas: arts. 709 y 710 LEC)<sup>141</sup>, vinculando de este modo «artificial» (o indirecto) la coerción sobre la persona con el patrimonio del deudor, de forma que es la privación de elementos patrimoniales el mecanismo que pretende motivar (forzar o sustituir) la voluntad ajena. Con el mecanismo indirecto de las multas coercitivas el grado de coerción se delimita en sentido cualitativo y cuantitativo<sup>142</sup>. La limitación cualitativa proviene de no recaer coerción sobre la persona (como ocurre en el caso de los mecanismos de coerción directa). La delimitación cuantitativa consiste en limitar el grado de expropiación a la gravedad de la prestación incumplida (art. 711 LEC y art. 709.3 LEC). Sólo en los casos extremos, en los que la propia dignidad de la persona del acreedor esté en juego con ocasión del incumplimiento de la prestación, el criterio de proporcionalidad codificado por el legislador permite ir más lejos y ampliar el ámbito de ejecución personal a medios de coerción directa no vinculados al patrimonio (artículo 703.1 de la LEC), como es el caso de la prestación que consiste en que un cónyuge

---

<sup>140</sup> Si puede ser suplida mediante subrogación (condena a la emisión de una declaración de voluntad: art. 708 LEC), la ejecución personal no plantea, en principio, ningún problema a la dignidad de la persona.

<sup>141</sup> Con antecedente en las *astreintes* (vid. ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, Las «astreintes», EDESA, Madrid, 1985). Según VERDERA SERVER «conviene destacar que la medida fue obra de la jurisprudencia francesa sin un apoyo legal excesivamente claro. Solo después de la segunda guerra mundial, fue reconocida legalmente de un modo definitivo la categoría de creación jurisprudencial, precisamente en una ley (n.º 49-972 de 21 de julio de 1949) relativa a facilitar el lanzamiento de los inquilinos de los inmuebles [...] han sido empleadas fundamentalmente respecto de los deberes de hacer, incluso de origen familiar, y de no hacer. Más discutida es su proyección en el caso de obligaciones de dar, existiendo quien niega su aplicabilidad, quien la admite sin excepciones, y, en fin, quien distingue en función del carácter genérico o específico de la cosa» (Verdera Server, Rafael, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, 1995, cit., pág. 185).

<sup>142</sup> VERDERA SERVER, analizando el sistema francés de las *astreintes* señala que «las dudas obedecen al posible conflicto entre la tutela del acreedor y la protección de ciertos intereses del deudor, que pueden alcanzar rango constitucional. [...] han movido a sugerir que su empleo debe restringirse a los casos en que se pretenda prevenir un daño irreparable (es decir, cuando el resarcimiento del daño se revele un instrumento inadecuado) o en que se quiera reaccionar frente a una postura puramente caprichosa o perezosa del deudor» (op. cit., pág. 189). Ya en términos generales afirma que «el acreedor no puede disponer de cualquier mecanismo de presión contra el deudor: existen ciertos límites institucionales que deben también ser respetados. El problema, de este modo, se traslada a la determinación de aquellos medios de compulsión al cumplimiento, que, tendentes a la satisfacción de los intereses del acreedor, se consideren preferibles a otros valores del ordenamiento jurídico: se suscita, en el fondo, una controversia de carácter histórico, de ponderación de diversos intereses y derechos» (op. cit., pág. 161, nota 58).

permita las visitas del otro a los hijos comunes según lo dispuesto en la sentencia<sup>143</sup>. Debe destacarse que nuestro sistema de ejecución tampoco prescinde del principio de proporcionalidad en el marco de la ejecución real. Como hemos señalado, la presencia de este principio se observa cuando en la ejecución dineraria entran en juego determinadas restricciones tanto absolutas (bienes inembargables: arts. 605 y sigs.<sup>144</sup>) como relativas (la exigencia de que el apremio no debe producir más daño patrimonial del estrictamente necesario para la satisfacción del acreedor: art. 592.1 in fine LEC<sup>145</sup>) que persiguen delimitar el efecto de la ejecución sobre la dignidad

---

<sup>143</sup> En este sentido, MONTERO AROCA y FLORS MATÍES afirman que «si el cónyuge guardador del hijo impide al otro el ejercicio del derecho de visita, la verdadera ejecución que será tutela efectiva no puede consistir, ni en la sustitución por dinero, ni en la multa coercitiva, ni en la acusación por delito de desobediencia; la verdadera ejecución tiene que consistir en la imposición coactiva de la comunicación entre progenitor e hijo, sin perjuicio de que quepan otras medidas coercitivas o penales que puedan ser complementarias» (Montero Aroca, Juan; Flors Maties, José, *Tratado del proceso de ejecución civil*, tomo II, 2004, pág. 1980). La gravedad de los intereses en juego permite en estos casos acudir a medios de coerción indirecta de mayor agresividad (art. 776.2.ª, in fine). Sin embargo, para SOLETO MUÑOZ, acudir a la policía judicial para conseguir el cumplimiento sólo es posible «en los casos en que el incumplimiento del beneficiado por las visitas no devuelva a los menores a su guardador», pero no «Cuando es el progenitor no custodio el que incumple el régimen de visitas, no ejerciendo su derecho-deber» considerando que en tal caso «se hace imposible de todo punto la ejecución de la medida en natura, pudiendo tener consecuencias jurídicas para el progenitor la infracción» (Soletto Muñoz, Helena, «La ejecución forzosa del régimen de visitas», *Práctica de Tribunales*, núm. 74, septiembre 2010). Sin embargo, el TEDH, en el caso *Sophia Gudrun Hansen c. Turquía*, de 23 de septiembre de 2003, condena al Estado al entender que las autoridades «no procuraron el asesoramiento de los servicios sociales o la asistencia de psicólogos o psiquiatras infantiles para facilitar el derecho de reunión de la demandante con sus hijas y para crear una atmósfera de mayor cooperación entre la demandante y su ex-marido» (§ 101); por ello, «el Tribunal no está de acuerdo con las afirmaciones del gobierno de que las autoridades turcas hicieron todo lo que razonablemente podía esperarse de ellas para ejecutar el derecho de acceso de la demandante a sus hijas» (§ 107).

<sup>144</sup> En Suecia, el Parlamento ha establecido que el gobierno o la entidad administrativa en la que delega debe determinar anualmente las cantidades que debe conservar el deudor sujeto a ejecución para hacer frente a sus necesidades y a las de su familia. El gobierno, por su parte, ha delegado en un organismo público (*Tax Board*) la potestad de dictar regulaciones detalladas al respecto (vid. Andersson, Torbjörn y Fridén, Hugo, «National report on Sweden», en AA.VV. (Andenas, Mads; Hess, Burkhard y Obermaier, Paul, eds.), *Enforcement Agency Practice in Europe*, The British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2005, pág. 236).

<sup>145</sup> En sentido parecido el art. 803 (1) de la ZPO alemana establece que la ejecución trabada sobre bienes muebles no debe extenderse más allá de lo necesario para la satisfacción del acreedor y cubrir las costas del acreedor. Se ha considerado una codificación del principio de proporcionalidad (vid. HESS, Burkhard, «Comparative Analysis of the National Reports», en AA.VV., Andenas, Mads; Hess, Burkhard y Obermaier, Paul, eds., *Enforcement Agency Practice in Europe*, The British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2005, pág. 30, nota. 34).

En la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados

del deudor (preservando sus condiciones de vida digna). Pero también ha de estar presente cuando la ejecución real se desarrolla mediante el empleo de la coerción (entrega forzosa de bienes muebles o inmuebles): muestra clara de ello es el plazo legal (y su prórroga) que para el desalojo de vivienda otorga el art. 704.1 LEC<sup>146</sup>. De otras manifestaciones del principio de proporcionalidad en la ejecución forzosa no dineraria para la entrega de bienes inmuebles nos ocuparemos más adelante.

## 2. Las garantías de eficacia en el proceso de ejecución

### 2.1. Razón de ser de la garantía de eficacia del proceso de ejecución: el conflicto de voluntades

Hemos afirmado que la razón de ser del proceso se halla en determinadas características implícitas en la propia naturaleza deontológica de las normas las cuales exigen el tránsito desde el *deber ser (normativo)* que constituye su esencia o naturaleza al *ser (social)* al que aspiran como resultado de su realización o cumplimiento. Tales características se resumían en la necesidad de resolver para su aplicación conflictos cognoscitivos y volitivos. El primer tipo de conflicto (conflicto cognoscitivo) dimana del contraste entre el enunciado genérico o abstracto a través del cual se manifiesta la norma<sup>147</sup> y la complejidad de lo real en la que se deben identificar tanto su supuesto de

---

Miembros sobre ejecución (Rec. (2003) 17, de 9 de septiembre de 2003) se aconseja a los Estados «que durante los procedimientos de ejecución se mantenga un adecuado equilibrio entre los intereses de los demandantes y demandados teniendo en cuenta, en particular, las normas contenidas en los artículos 6 y 8 del CEDH. También se deben tener en cuenta los intereses de terceros. En procedimientos de ejecución en materia de derecho de familia se deben tener en cuenta los intereses de todos los miembros de la familia, además, cuando los procedimientos afecten en particular a los derechos de los niños, el mejor interés para ellos debería ser la consideración principal, de acuerdo con el derecho nacional e internacional» (*ibidem*, III, 1, g).

<sup>146</sup> En Portugal, el *Código de Processo Civil* otorga un aplazamiento del lanzamiento cuando «la salida inmediata cause al ejecutado un daño mayor que el beneficio que con ello obtiene el ejecutante» (art. 930-C-a).

<sup>147</sup> Estrictamente hablando, hay normas abstractas pero no generales (las cláusulas de un contrato que prevén una consecuencia para un cierto evento) y normas generales pero no abstractas (la convocatoria de un concurso público); es más, en rigor, basta con que la expresión de sentido normativo conste en un enunciado (expresión mediante lenguaje de la realidad –ontológica o deontológica–) para que surja la incertidumbre que reclama el proceso: a ello nos referiremos posteriormente al mencionar las exigencias de acierto del proceso de ejecución. No obstante, lo cierto es que el arquetipo de norma jurídica responde conjuntamente a los rasgos de generalidad y abstracción. Cfr. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Vol. 2. *Teoría del derecho*,

hecho como su consecuencia jurídica, pudiendo surgir discrepancias en cuanto a si el supuesto de hecho de la norma alcanza una determinada realidad fáctica (o sobre el propio alcance de la realidad fáctica considerada) o sobre el sentido y alcance de la consecuencia jurídica establecida (conflictos tanto de interpretación jurídica como puramente fáctica). El segundo conflicto (conflicto volitivo) se deriva del contraste entre la prescripción contenida en la norma y la resistencia de sus destinatarios a acatarla y comportarse conforme a la misma.

Se ha querido ver lo peculiar o característico del proceso de ejecución en que aborda, de modo definitivo, el mencionado conflicto volitivo una vez el conflicto cognoscitivo ha sido ya resuelto<sup>148</sup> (resoluciones judiciales —o procesales— y laudos arbitrales) o cuando, por razones atendibles, la resolución de dicho conflicto cognoscitivo ha sido pospuesta (resto de los títulos ejecutivos). Si la resistencia al cumplimiento es una de las dificultades para la realización del derecho, el proceso de ejecución, materializa en la esfera jurídica del resistente (sometido a responsabilidad), mediante sustitución y coerción, el orden o el interés debidos tal como resultan de un título ejecutivo y merced a las presunciones atribuidas al mismo.

La jurisdicción, entendida como función de realización del derecho dotada de peculiares garantías de acierto y eficacia incluye en nuestro sistema (tal como exige el art. 117.3 CE: «juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado») la exigencia de materializar (a través de los tribunales que asumen constitucionalmente esta función y actúan a través de los procesos correspondientes) el orden contenido en las

---

Trotta, Madrid, 2011, pág. 219 y sigs.

<sup>148</sup> CARNELUTTI, denominaba al primero «conflicto de pretensión resistida» frente a los conflictos cognitivos calificados por él como conflictos «de pretensión [meramente] debatida» o «de pretensión [además de debatida] insatisfecha». BARRIOS DE ÁNGELIS, califica este tipo de conflicto como «conflicto ético» (distinguiéndolo del «conflicto gnoseológico») y le atribuye la condición (compartida con otros aspectos del conflicto) de objeto del proceso, al afirmar que «la totalidad [de las categorías], el proceso mismo, está determinado por las deficiencias o carencias gnoseológica y ética comprendidas en el objeto [...] tales carencias constituían parte de los supuestos del proceso mismo. Estas carencias se transfieren al objeto del proceso (a la deuda impagada pretendida, al delito asumido) y requieren la existencia del proceso como instrumento productor de certeza (para excluir la falta de certeza o carencia gnoseológica) o de realización coactiva de las sanciones (para excluir la falta de adecuación de las voluntades a la norma, carencia ética). Y el proceso será, según el tipo de carencia que lo determine, de conocimiento o de ejecución» (BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, *Teoría del proceso*, cit., págs. 26 sigs.).

normas y los intereses que éstas amparan más allá de la voluntad del deudor. Tal exigencia, aunque no sea la única, corresponde especialmente al proceso de ejecución<sup>149</sup> y supone un rasgo distintivo propio de esta modalidad de proceso.

## *2.2. Fundamento constitucional del principio de eficacia*

El Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ha considerado que la garantía de la eficacia de las sentencias es una exigencia derivada de la propia naturaleza del Estado de Derecho que consagra la Constitución en cuanto modelo de Estado que asegura «el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular», lo que justifica su asunción como una función estatal identificada con la jurisdicción<sup>150</sup>.

---

<sup>149</sup> Vid. infra. apartado siguiente (3).

<sup>150</sup> El TC ha resaltado como el cumplimiento de las sentencias es una garantía incuestionable para los fines del propio Estado de Derecho, lo que explicaría la obligación de cumplimiento de las sentencias (art. 118 CE), la exigencia de su ejecución procesal por los tribunales (art. 117.3 y art. 118 CE) y la inclusión del derecho a la ejecución en el marco del derecho fundamental a la tutela efectiva (art. 24.1 CE). La STC 15/1986, de 31 de enero (Sala Primera; ponente Manuel Díez de Velasco Vallejo), destaca la relevancia para el Estado de Derecho tanto del deber imputable al deudor para cumplir las sentencias, como del derecho otorgado constitucionalmente al acreedor para exigir su cumplimiento por los tribunales, afirmando que «el obligado cumplimiento de lo acordado por los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la Potestad Jurisdiccional es una de las más importantes garantías para el fundamento y desarrollo del Estado de Derecho y, como tal, es enunciado y recogido en el art. 118 de la Constitución Española. Exigencia objetiva del sistema jurídico, la ejecución de sentencias y demás resoluciones que han adquirido firmeza también se configura como un derecho fundamental de carácter subjetivo incorporado al contenido del art. 24 núm. 1 de la Constitución Española cuya efectividad quedaría decididamente anulada si la satisfacción de las pretensiones reconocidas por el fallo judicial en favor de alguna de las partes se relegara a la voluntad caprichosa de la parte condenada o, más en general, este tuviera carácter meramente dispositivo» (FJ 3); por su parte, la STC 67/1984, de 7 de junio (Sala 1.ª; Rafael Gómez-Ferrer Morant), afirma que la eficacia del orden jurídico diseñado por las normas tiene para el propio Estado de Derecho tal relevancia que se traduce en la atribución a uno de sus poderes de la función de ejecutar lo juzgado, afirmando que «la efectividad del Estado Social y Democrático de Derecho que proclama la Constitución (art. 1.º), que se refleja (dentro del propio título preliminar) en la sujeción de los ciudadanos y de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico cuya efectividad (en caso de conflicto) se produce normalmente por medio de la actuación del Poder Judicial (arts. 117 y sigs. de la CE) que finaliza con la ejecución de sus sentencias y resoluciones firmes. Por ello, difícilmente puede hablarse de Estado de Derecho cuando no se cumplen las sentencias y resoluciones judiciales firmes. Cuando este deber de cumplimiento y colaboración (que constituye una obligación en cada caso concreto en que se actualiza) se incumple por los poderes públicos, ello constituye un grave atentado al Estado de Derecho, y por ello, el sistema jurídico ha de estar organizado de tal forma que dicho incumplimiento (si se produjera) no pueda impedir en ningún caso la efectividad de las sentencias y resoluciones judiciales firmes. El art. 24.1 de la Constitución, al establecer el derecho a la tutela judicial efectiva (que comprende el de la ejecución de sentencias, según hemos indicado) viene así a configurar como un derecho fundamental de carácter subjetivo, lo que, desde una perspectiva objetiva constituye un elemento de trascendental importancia en el sistema jurídico»; La STC 119/1988, de 20



El TC también considera que la ejecución a cargo de los tribunales es una consecuencia de la expresa atribución a los mismos de la tutela declarativa y de la eficacia que de dicha tutela se predica. Las sentencias dictadas por los tribunales no serían expresión de la tutela efectiva que éstos deben proporcionar según el artículo 24.1 CE sin una ejecución ulterior que debe ser a su cargo, pues a su cargo está la eficacia de las sentencias. Razona este tribunal que la propia tutela declarativa concretada en la sentencia de condena sería ilusoria («mera declaración de intenciones») si no estuviese garantizada su ejecución forzosa. Ya desde la fundacional sentencia 32/82, de 7 de junio, el derecho a que el fallo se cumpla se vincula con la tutela efectiva atribuida a la propia sentencia, es decir, la ejecución

---

de junio (Sala Primera; ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer), sostiene, en el mismo sentido y con cita de varios precedentes, que «este Tribunal ha tenido ya ocasión de afirmar en varias ocasiones (entre otras SSTC 32/1982, de 7 de junio; 67/1984, de 7 de junio; 109/1984, de 26 de noviembre; y 176/1985, de 17 de diciembre) que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende también el derecho a que el fallo judicial se cumpla, habiendo configurado la ejecución de las resoluciones judiciales firmes como un derecho fundamental de carácter subjetivo incorporado al art. 24.1 de la Constitución. El obligado cumplimiento de lo acordado por los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional es una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho (STC 15/1986, de 31 de enero)» (FJ 2); La STC 190/1990, de 26 de noviembre (Sala Segunda; Ponente: Álvaro Rodríguez Bereijo), considera que «en el derecho a la tutela judicial efectiva se integra según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, el derecho a la ejecución de las sentencias judiciales, que se configura no sólo como tal derecho fundamental subjetivo incorporado al artículo 24.1 de la Constitución, sino también como un principio esencial de nuestro ordenamiento y una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho» (FJ 2); la STC 34/1993, de 8 de febrero (Sala Primera; Ponente: Vicente Gimeno Sendra), destacando que la garantía de eficacia del orden jurídico va más allá de la satisfacción de un derecho fundamental, vincula este derecho con el art. 118 CE, «no siendo impertinente destacar que el primer destinatario del mandato contenido en el art. 118 de la Constitución han de ser los propios órganos judiciales que, en un Estado de Derecho, han de respetar y quedar vinculados por sus propias declaraciones jurisdiccionales definitivas y firmes» (FJ 2); asimismo, la STC 79/93, de 1 de marzo (Sala Primera; ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer), afirma que la ejecución de las resoluciones judiciales firmes se ha configurado «como un derecho fundamental de carácter subjetivo incorporado al art. 24.1 de la CE, aparte de ser una importante garantía para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho» (FJ 1). Como resumen, la STC 298/1994, de 14 de noviembre (Sala Primera; ponente: Pedro Cruz Villalón), afirma: «De esta doctrina conviene destacar, en primer lugar, la doble posición atribuida a la potestad jurisdiccional de ejecución de lo juzgado como elemento basilar de nuestro Estado de Derecho y como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales; en segundo lugar, el protagonismo del legislador en la configuración de este derecho, salvaguardando su contenido esencial, como característica común que es del genérico derecho a la tutela judicial efectiva, y finalmente, el consecuente deber de los Jueces de adoptar “con la intensidad necesaria” las medidas, que han de estar legalmente previstas, conducentes a dicha ejecución, muy particularmente en aquellos supuestos en los que es un ente público el que la obstaculiza» (FJ 4).

se muestra como una extensión o complemento a la eficacia del proceso declarativo<sup>151</sup>.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) también ha vinculado la garantía de eficacia que se predica de la ejecución forzosa con el «derecho a la resolución de los litigios de carácter civil por un tribunal imparcial» que reconoce el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH). Establece tal vínculo, por una parte, a través del principio de cosa juzgada o de certeza legal de lo juzgado, afirmando que una vez los tribunales han decidido

---

<sup>151</sup> Según la STC 32/82, de 7 de junio (Sala Primera; ponente: Gloria Begué Cantón), «El derecho a la tutela judicial efectiva que dicho artículo [24.1 CE] consagra no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia, pueda ante ellos manifestar y defender su pretensión jurídica en igualdad con las otras partes y goce de la libertad de aportar todas aquellas pruebas que procesalmente fueran oportunas y admisibles, ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada, si concurren todos los requisitos procesales para ello. Exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido; lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones» (FJ 2); en el mismo sentido, STC 26/83, de 13 de abril (Sala Segunda; ponente: Francisco Rubio Llorente), con cita literal de la anterior (FJ 2). Según la STC 61/1984, de 16 de mayo (Sala Segunda; ponente: Luis Díez-Picazo y Ponce de León), con el cumplimiento de la sentencia «el derecho al proceso se hace real y efectivo ya que, si fuera de otro modo, el derecho no pasaría de ser una entidad ilusoria» (FJ 1); para la STC 67/1984, de 7 de junio (sala Primera; ponente: Rafael Gómez-Ferrer Morant), «el art. 24.1 de la Constitución establece el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Este derecho comprende, según ha declarado el Tribunal en reiteradas ocasiones, el de obtener la ejecución de las sentencias, naturalmente dejando a salvo el caso de las meramente declarativas, pues lo contrario sería convertir las decisiones judiciales en meras declaraciones de intenciones (STC 32/82, FJ 2)» (FJ 2); Para la STC 159/1987, de 26 de octubre (Sala Primera; ponente: Francisco Rubio Llorente) «no es dudoso que este derecho constitucional garantiza, en una de sus diversas proyecciones, el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia propia que el ordenamiento les reconoce, pues, si así no fuera, el derecho mismo a la jurisdicción, en todo su complejo contenido quedaría, sin más, privado de sentido» (FJ 2); la STC 16/1991 de 28 de enero (Sala Segunda; ponente: Álvaro Rodríguez Bereijo) afirma que «una de las manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE) es el derecho a que se respeten y ejecuten las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos, pues sin él la tutela judicial se vería reducida a producir decisiones puramente declarativas que no ampararían los intereses de quienes las impetrasen» (FJ 1). Por su parte, la STC 34/1993, de 8 de febrero (Sala Primera; ponente: Vicente Gimeno Sendra) afirma que «el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que enuncia el art. 24.1 CE comporta la obligatoriedad de cumplir las Sentencias y demás resoluciones firmes de los Juzgados y Tribunales, tal y como dispone el art. 118 CE y tiene declarado la jurisprudencia constitucional [...] De otro modo las declaraciones judiciales se convertirían en meras declaraciones de intenciones, la satisfacción procesal de las pretensiones tuteladas definitivamente por la Sentencia sería platónica y se frustrarían los valores de certeza y seguridad jurídica consustanciales a la cosa juzgada (STC 207/1989; FJ 4)» (FJ 2).

un litigio de carácter civil su decisión no debe ser cuestionada, salvo circunstancias excepcionales, pues esta es, precisamente, la finalidad de los juicios, siendo así que la inejecución de una sentencia pone en cuestión la cosa juzgada<sup>152</sup>. Por otra parte, ha considerado que la exigencia de ejecución forzosa se deriva también del propio derecho «a ser oído por un Tribunal independiente e imparcial en un juicio en que se *resuelva* sobre las pretensiones formuladas»: afirma el Tribunal que sin la ejecución no se produciría una verdadera «resolución» de las pretensiones formuladas como exige el Convenio. Por consiguiente, aun cuando el CEDH no menciona expresamente la ejecución de sentencias (como, en cambio, sí hace nuestra Constitución), su integración en este derecho fundamental queda amparada por el artículo 6.1 del Convenio a través de una interpretación teleológica (seguida *a contrario*): si el Estado no desarrolla la actividad de ejecución los conflictos de los particulares no habrán sido «resueltos» como exige la norma (mediante una resolución con efecto de cosa juzgada)<sup>153</sup>.

Sin embargo, no hay fundamento en el propio CEDH para que la ejecución de lo declarado por los tribunales (de modo que se pueda tener el conflicto por resuelto tal como exige el CEDH) corresponda a los propios tribunales y se desarrolle mediante procesos jurisdiccionales, es decir, sea asumida por el Estado como actividad propia de la jurisdicción, siendo admisible, al amparo de la norma mencionada, que la ejecución corresponda tanto a la función ejecutiva como a la jurisdiccional (cuestión esta última de la que nos ocuparemos con cierto

---

<sup>152</sup> Vid. SSTED *Rybakeykb c. Rusia*, de 24 de julio de 2003, § 51 y 52 y *Brumarescu c. Rumanía*, de 28 de octubre de 1999, § 61.

<sup>153</sup> En la STEDH de 19 de marzo de 1997 (*caso Hornsby c. Grecia*, en el que se discutía si la dilación en la ejecución —por la Administración condenada— de la sentencia que, dando la razón al demandante, denegaba la apertura de centros privados de enseñanza, era computable a efectos de considerar las dilaciones indebidas del proceso), «el Tribunal reitera que, de acuerdo con su jurisprudencia, el artículo 6, apartado 1 (art. 6.1) [del CEDH] asegura a toda persona el derecho a llevar sus reclamaciones relativas a sus derechos civiles y obligaciones ante un tribunal [...] Sin embargo, ese derecho sería ilusorio si el sistema legal de un estado contratante permitiera que una decisión judicial final y vinculante quedara sin efecto en detrimento de una parte. Sería inconcebible que el artículo 6 apartado 1 (art. 6-1) describiera en detalle las garantías de que disponen los litigantes —procedimientos que sean justos, públicos y expeditivos— sin proteger la implementación de las decisiones judiciales; considerar el artículo 6 sólo concerniente al acceso a un tribunal y el desarrollo de los procedimientos sería igual que permitir situaciones incompatibles con el principio del imperio de la ley que los estados contratantes se han obligado a respetar cuando ratificaron el Convenio (vid., *mutatis mutandis*, el caso *Golder c. Reino Unido*, de 21 de febrero de 1975, [...] §§ 34-36)» (§ 40).

detenimiento en el capítulo siguiente)<sup>154</sup>. Aunque tal fundamento legal sí se encuentra literalmente en la Constitución Española (arts. 117.3 y 118 CE), la razón de ser para esta atribución exclusiva, es decir, para integrar la ejecución en la función jurisdiccional, no ha sido convenientemente señalada por la jurisprudencia constitucional que se limita a afirmar que si la efectividad de la tutela corresponde a los tribunales a ellos debe corresponder (como ordena literalmente el art. 117 CE) el necesario instrumento de tal eficacia: la ejecución. Sobre esta limitación volveremos más adelante.

### 2.3. Manifestaciones de la garantía de eficacia en el proceso de ejecución

La eficacia que como garantía de la aplicación jurisdiccional del derecho se canaliza a través del proceso de ejecución se concreta en diferentes elementos del mismo, empezando por algunos que ya nos han servido para identificar sus rasgos distintivos.

---

<sup>154</sup> Con todo, el TEDH ha entendido que la ejecución forma parte de la «decisión de un litigio de carácter civil», finalidad a la que aspira el derecho a un proceso equitativo consagrado en el art. 6.1 CEDH, y, como tal «decisión» se desarrolla mediante procesos, el TEDH parece estar admitiendo —implícitamente— que también la ejecución debe ser materia de un proceso con todas las garantías aun cuando sea mediante revisión o control de una ejecución configurada inicialmente de modo administrativo (*judicial review*). De ello nos ocuparemos más adelante (vid. infra. capítulo tercero § 2.1). En este sentido, según la STEDH de 28 julio 99 (*caso Saffi c. Italia*; supuesto de retraso en la ejecución de una orden de entrega de la posesión de una vivienda, orden que había sido obtenida en sede judicial por la empresa inmobiliaria demandante), «el Tribunal reconoce que los procedimientos seguidos en Italia para la ejecución de las ordenes de puesta en posesión difieren, en un cierto número de aspectos, de los procesos de ejecución en sentido estricto y advierte que ya ha examinado este asunto antes en el *caso de Scollo c. Italia*, en el que concluyó que “incluso si en el presente caso no se puede hablar de proceso de ejecución en sentido estricto, el artículo 6 es aplicable, considerando que el propósito del procedimiento es resolver el conflicto entre el demandante y su inquilino” (STEDH de 28 de septiembre de 1995, § 44). El Tribunal observa que la empresa demandante inició el procedimiento ante el magistrado de Livorno para obtener una orden confirmando la extinción del arrendamiento y requiriendo al inquilino a abandonar el inmueble. Como el inquilino no respondió el único punto pendiente es la fecha de puesta en posesión. En la medida en que la fecha puesta en posesión se retrasó debido a la resistencia del inquilino a abandonar voluntariamente el inmueble, lo que supuso una prórroga de hecho del arrendamiento y una correlativa restricción del derecho de propiedad de la empresa demandante, sigue habiendo un conflicto a los efectos del art. 6» (§ 63). Más claramente, con cita del caso *Hornsby c. Grecia*, la STEDH de 31 de marzo de 2003, caso *Matheus c. Francia* (dilaciones indebidas; ejecución de desahucio de vivienda que dura más de 16 años), afirma que «La ejecución de una resolución o de una sentencia, de cualquier jurisdicción que sea, debe, por tanto, ser considerada como que forma parte integrante del “proceso” en el sentido del artículo 6» (§ 54).

## 1.º Fundamentación fáctica y jurídica de la pretensión a través del título ejecutivo

La *causa petendi* de toda pretensión ejecutiva es el título ejecutivo (art. 549.1.1.ª LEC) sin que sea precisa ninguna otra fundamentación adicional (es el denominado carácter abstracto del título ejecutivo). Las presunciones atribuidas al título explican esta modalidad de fundamentación formal (o abstracta) de la pretensión que la diferencia de la pretensión declarativa y podemos considerarla, por ello, como el primer instrumento al servicio de la eficacia que se busca alcanzar con este proceso. El derecho al despacho de ejecución es consecuencia de la fundamentación formal derivada del título sin que sean necesarias ulteriores alegaciones o pruebas. Más aun, en el caso de resoluciones procesales, el *petitum* de la demanda de ejecución puede formularse como mera referencia al contenido del título (art. 549.2 LEC); no ocurre lo mismo en caso de títulos no judiciales, en los que se debe formular el *petitum* expresamente y con precisión (art. 549.1.2.ª LEC).

## 2.º Adopción del despacho de ejecución *inaudita parte debitoris*

La ausencia de contradicción en el momento del despacho contribuye, asimismo, a la eficacia de la tutela ejecutiva, evitando esperas y dilaciones<sup>155</sup>. Sólo despachada la ejecución e iniciada, en su caso, la actividad procesal que habrá de culminar con la satisfacción del ejecutante, podrá el ejecutado oponerse al despacho alegando y justificando la inexistencia o ineficacia de la acción invocada y titulada (art. 551.4;

---

<sup>155</sup> Según VEGAS TORRES: «la ejecución, suele decirse, se despacha *inaudita parte debitoris*. Esto es una lógica consecuencia de la eficacia que la ley concede a los títulos de ejecución: a efectos del despacho de la ejecución, el título acredita suficientemente el derecho del ejecutante a obtener la tutela jurisdiccional ejecutiva solicitada (acción ejecutiva) [...] la existencia de un trámite de audiencia al ejecutado previo al despacho de la ejecución sólo podría defenderse: a) si se estima que debe permitirse al ejecutado, antes de que se despache la ejecución, discutir sobre la existencia real de la acción ejecutiva que resulta del título (anticipando así el debate propio de la oposición a la ejecución); ahora bien, quien defendiera esto tendría que explicar a continuación en qué quedaría la eficacia de los títulos de ejecución. b) si se considera que, aunque no sea necesario, puede ser útil permitir al deudor que “ayude” al tribunal en la verificación de los presupuestos y requisitos procesales exigidos por la Ley para el despacho de la ejecución; pero entonces habría que valorar si, para que el tribunal pueda contar con ese “auxilio”, merece la pena asumir el riesgo de dar a los deudores de mala fe la oportunidad de aprovechar el trámite de audiencia con objeto de ganar tiempo durante el que poner sus bienes a salvo de la futura acción del tribunal de la ejecución» (Vegas Torres, Jaime, (con Andrés de la Oliva Santos, Ignacio Díez-Picazo Giménez), *Derecho Procesal civil. Ejecución Forzosa. Procesos especiales*, CERA, Madrid, 2000, pág. 74).

arts. 556 y sigs. LEC), oponerse o recurrir la extensión que al derecho consagrado en el título se le atribuye en la orden general de ejecución o en el decreto —o decretos<sup>156</sup>— de concreción de medidas ejecutivas (arts. 558 y 563 LEC) o recurrir las medidas concretas contenidas en la orden general de ejecución o en el decreto —o decretos— de concreción ejecutiva que la desarrollan (arts. 551.5 y 562 LEC).

Es cierto que en el proceso de declaración hay también un trámite de admisión de la demanda que se desarrolla «*inaudita parte debitoris*» (y en caso de admisión, ante el Secretario Judicial), pero la resolución adoptada en dicho trámite no origina el inicio de la actividad satisfactiva solicitada por el acreedor (una declaración favorable a la pretensión de tutela) como, sin embargo, ocurre en el proceso de ejecución (en que el despacho de la ejecución conlleva actividades orientadas —si no lo remedia la oposición del demandado— a la satisfacción del acreedor: embargo ejecutivo, orden de desalojo, etc.), tal como desarrollaremos a continuación, sino, por el contrario, al inicio de la contradicción procesal (notificación de la demanda, citación o emplazamiento del demandado...) para esclarecer el fondo del asunto. En paralelo al trámite de admisión de la demanda en el proceso declarativo, en el trámite de despacho el tribunal (el juez, en todo caso) analiza la concurrencia de los presupuestos procesales generales que hacen adecuada la actividad procesal abstractamente considerada (jurisdicción y competencia, capacidad de las partes, etc.) y la propia regularidad formal del título ejecutivo (art. 551.1 LEC)<sup>157</sup>; pero, a diferencia de aquél, al resultado positivo de tal comprobación sigue ya la puesta en marcha de la actividad satisfactiva del acreedor, orientada a dar eficacia a su

---

<sup>156</sup> Pues, como señala CARRERAS MARAÑA, no se trata de un solo decreto sino de «los decretos que sean precisos para la eficacia y la concreción de esa orden general de ejecución» (Carreras Maraña, Juan Miguel, «De la ejecución: Disposiciones Generales», en AA. VV. (Hernández Vergara, Antonio, Coord.), *Enjuiciamiento Civil. Comentarios a las reformas procesales*, Sepin, Madrid, 2010, pág. 898).

<sup>157</sup> Según el art. 551.1 LEC (en redacción dada por la ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial) «Presentada la demanda ejecutiva, el Tribunal, siempre que concurran los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título, dictará auto conteniendo la orden general de ejecución y despachando la misma»; según el art. 552.1 LEC (en su redacción original) «Si el tribunal entendiéndose que no concurren los presupuestos y requisitos legalmente exigidos para el despacho de la ejecución, dictará auto denegando el despacho de la ejecución».

derecho, antes que una actividad contradictoria dirigida a determinar el merecimiento de tal satisfacción.

3.º Preferencia por la ejecución específica (ejecución de la sentencia «en sus propios términos»); el principio de congruencia con el título y el principio *pro actione*.

La eficacia que garantiza el proceso de ejecución será máxima en la medida en que la actividad coercitiva y sustitutiva desarrollada por el tribunal satisfaga al acreedor precisamente en los términos consagrados en el título: se califica de ejecución específica aquella que persigue este objetivo<sup>158</sup>. La ejecución específica es la forma de ejecución preferente en nuestro ordenamiento<sup>159</sup>, lo cual no deja de ser una nueva

---

<sup>158</sup> El empleo que hacemos del término «ejecución específica» se refiere a la búsqueda del interés específico del acreedor, esto es, el consagrado en el título, y no a la repercusión de la actuación del tribunal en la esfera jurídica del deudor. En este sentido, la ejecución específica se opone a la denominada «ejecución por equivalente», donde el sujeto activo obtiene algo distinto (aunque equivalente) a aquello que la prestación consignada en el título permitía obtener (mediante una suerte de novación objetiva de la prestación ejecutiva). No debe confundirse este uso del término ejecución específica con el que a veces se hace como término contrapuesto a «ejecución genérica». Esta segunda terminología atiende al ámbito de la esfera jurídica del deudor que resulta afectado por la sanción: «sanción genérica» es la que tiene como objeto los bienes integrados en el patrimonio del deudor, considerados en su valor de cambio (valor genérico), y «sanción específica» la que tiene como objeto sean los bienes integrados en el patrimonio del deudor considerados en su valor de uso (valor específico) sean aspectos personales de su esfera jurídica (incluida la determinación de conducta que se manifiesta como hacer o no hacer). Ahora bien, ambos usos lingüísticos no coinciden pues el resultado de la ejecución genérica en el segundo sentido indicado puede ser tanto una satisfacción específica del acreedor (si lo debido es precisamente dinero o con éste puede adquirirse la prestación específicamente consignada en el título (sean bienes o servicios) como una satisfacción por equivalente si el acreedor sólo obtiene una suma de dinero (equivalente genérico) en sustitución de la prestación originariamente debida (ejecución por equivalente).

<sup>159</sup> Es generalizada la afirmación de preferencia por la ejecución específica (o, como a veces se dice, por la sanción específica). DE LA OLIVA afirma que «las sanciones civiles han de buscar la equivalencia, a ser posible perfecta, con el bien o bienes jurídicos lesionados por el incumplimiento o la infracción de obligaciones y deberes» (De la Oliva Santos y otros, *Derecho Procesal Civil. Vol. I*, CERA, Madrid, 2000, pág. 24). TAPIA FERNÁNDEZ, por su parte, sostiene que «en un orden ideal de cosas todas las sanciones que se actúan en un proceso de ejecución deberían ser específicas», siendo así que «restablecer efectivamente el orden jurídico violado quiere decir borrar jurídicamente (en cuanto sea posible) las consecuencias dañosas del incumplimiento» (Tapia Fernández, *Las condenas no pecuniarias...*, 1982, cit., págs. 13 a 16 y pág. 56). Según MONTERO AROCA «la aspiración de toda ejecución debe consistir en acabar ofreciendo al ejecutante la exacta prestación que se contiene en el título, pues sólo con ello se logrará la verdadera satisfacción. Dicho de otra manera, la ejecución debería ser siempre en forma específica» (Montero Aroca, *Juan*, (con Gómez Colomer, Juan Luís; Montón Redondo, Alberto; Barona Villar, Silvia), *Derecho Jurisdiccional. Tomo II. Proceso Civil*, 10.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 71). Para VERDERA SERVER, la razón de esta preferencia se encuentra en «la progresiva penetración en las relaciones privadas de derechos constitucionalmente

manifestación de la garantía de eficacia que proporciona la aplicación ejecutiva del Derecho. El ejercicio de la jurisdicción a través del proceso de ejecución aspira a dar eficacia al orden jurídico establecido por las normas (y, en el marco de la autonomía de la voluntad, por las propias partes mediante pactos), y a los intereses que estas amparan. El alcance de tal orden y de los intereses que conlleva viene delimitado por las prestaciones consagradas en el título ejecutivo y por la forma *específica* en que vienen consagradas. La transformación de dicho orden en otro sustitutivo o «equivalente» cuestiona, en principio, la eficacia del orden jurídico y la satisfacción de intereses que el proceso persigue<sup>160</sup>. La preferencia por la ejecución específica<sup>161</sup> queda avalada constitucionalmente por los arts. 24.1 y 117.3

---

tutelables y la ineficacia de la tutela resarcitoria» (Verdera Server, Rafael, *El cumplimiento forzoso de obligaciones...*, cit. pág. 41); *in extenso*, vid. Verdera Server, op. cit., págs. 95 y sigs.).

<sup>160</sup> CHIOVENDA afirma que «la tendencia de la voluntad de la ley consiste en actuar en el campo de los hechos hasta las últimas consecuencias prácticas y jurídicamente posibles. Por consiguiente, el proceso debe dar, en cuanto sea posible prácticamente, a quien tiene un derecho, todo aquello y exactamente aquello que tiene derecho a conseguir. Un principio tan general no está formulado en ningún sitio, ni tiene necesidad de estarlo» (Chiovenda, Giuseppe, *Curso de Derecho Procesal Civil*, Harla, Mexico, 1997 (edición original, Napoli, 1936), cit., pág. 25). TAPIA FERNÁNDEZ afirma igualmente que «el grado de perfeccionamiento en la elaboración de la ejecución forzosa *in specie* (esto es, en la idéntica reconstrucción del interés del acreedor) es un índice de la madurez jurídica y social de un pueblo» (op. cit., pág. 57). BARBOSA MOREIRA formula el que denomina *principio de la mayor coincidencia posible* [*the Greatest Possible Coincidence Principle*], según el cual el objetivo de la ejecución forzosa es obtener un resultado práctico exactamente coincidente con el que se habría obtenido a través de un cumplimiento voluntario de la resolución judicial y, si esta coincidencia exacta no es posible, el objetivo sería conseguir un resultado tan cerca del ideal de la coincidencia como sea posible. Reconoce, con todo, que si la obligación impuesta por el tribunal es o se vuelve imposible, o si el demandado se mantiene en el incumplimiento, puede suceder que la ejecución se haga pecuniaria, que se convierte así en la solución mínima que puede incluso beneficiar al acreedor si su deseo es que su acción alcance un resultado rápido sin costes demasiado altos (vid. Barbosa Moreira, José Carlos, «Regional Report from South America», en AA. VV. (Sir Jack Jacob Q. C., coord.), *Trends in the Enforcement of Non-money Judgements...*, 1988, cit., pág. 87).

<sup>161</sup> TAPIA FERNÁNDEZ apreciaba esta preferencia ya en el Código Civil de 1888 dada la solución que se da a los supuestos de condena a la entrega de cosa genérica y a los de destrucción de lo mal o indebidamente hecho (Tapia Fernández, Isabel, *Las condenas no pecuarias*, 1982, cit., págs. 30 y 31); VERDERA SERVER matizaba esta conclusión pues de la lectura de los artículos 1096 I y II y 1098 I del Código Civil de 1888, resulta que éste «no introduce novedades sustanciales respecto a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. En efecto, la ley procesal establecía con carácter preferente el cumplimiento a costa del deudor de la obligación de hacer no personalísimo (art. 924 I LEC), omitía la regulación general de la obligación genérica de entrega y preveía el cumplimiento forzoso, en tanto la cosa pudiera ser habida, de la obligación de entrega de cosa determinada. El cambio decisivo se hubiera dado con la superación por el código civil de la vigencia del principio *nemo ad factum praecise cogi potest* y la potenciación de las medidas de coerción indirecta. Mas sobre esta cuestión el código calla por completo. La regulación del cumplimiento forzoso de las obligaciones genéricas es un indicio importante, pero insuficiente y de alcance incierto. Por ello, en mi opinión, ante el silencio de la ley



CE y a ella alude el Tribunal Constitucional cuando se refiere a la ejecución de la sentencia «en sus propios términos». Para el TC esta peculiar garantía de la ejecución forzosa (como la propia ejecución en su conjunto) es consecuencia de la eficacia atribuida a la tutela jurisdiccional amparada constitucionalmente<sup>162</sup>. La

---

sustantiva, y el consiguiente mantenimiento de las soluciones de la ley procesal, no puede decirse que el código civil significara un cambio fundamental de las tendencias legislativas en orden a la satisfacción del interés específico del acreedor» (VERDERA SERVER, Rafael, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1995, pág. 236).

<sup>162</sup> Según la STC 167/1987, de 28 de octubre (Sala segunda; ponente: Jesús Leguina Villa) «desde la STC 32/1982 de 7 de junio, hasta la más reciente STC 125/1987, de 15 de julio, es doctrina consolidada de este Tribunal que la ejecución de las Sentencias en sus propios términos forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, [...]» (FJ 2); La STC 205/1987, de 21 de diciembre (Sala Primera; ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer) afirma que «ese derecho fundamental (a la ejecución de la Sentencia en sus propios términos) lo es al cumplimiento de los mandatos que la Sentencia contiene, a la realización de los derechos reconocidos en la misma, o, de otra forma, a la imposición forzosa a la parte recurrida del cumplimiento de las obligaciones a que fue condenada» (FJ 3); Según la STC 85/1991, de 22 de abril (Sala Segunda; ponente: José Gabaldón López) «la ejecución de las sentencias (configurada legalmente como realización de la resolución judicial en sus propios términos —art. 118 LOPJ—) no sólo forma parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva que el art. 24 CE reconoce, sino que es también un principio esencial de nuestro ordenamiento jurídico (SSTC 4/1988, de 21 enero; 176/1985, de 17 dic., entre otras), el cual implica, desde luego, el derecho a un adecuado cumplimiento de lo declarado en la sentencia» (FJ 4) Más descriptiva, la STC 219/1994, de 18 de julio (Sala Segunda; Ponente: José Gabaldón López) recuerda que «este Tribunal ha venido señalando que el derecho a la ejecución de las Sentencias “en sus propios términos” forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (SSTC 148/1989, 152/1990). Es decir, que se trata de un derecho fundamental al cumplimiento de los mandatos que la sentencia contiene, la realización de los derechos reconocidos en la misma o la imposición incluso forzosa del cumplimiento de las obligaciones en las que condena» (FFJJ 2 a 5); precisa el alcance de esta exigencia la STC 314/1994, de 28 de noviembre (Sala primera; ponente: Rafael de Mendizábal Allende) para la cual «la ejecución, por otra parte, ha de llevarse a cabo en sus propios términos (art. 18.2 LOPJ), con respeto absoluto a las situaciones jurídicas reconocidas en el fallo y sin posibilidad de modificar el texto de las Sentencias en cualquiera de sus componentes (encabezamientos, antecedentes, fundamentos) y, menos aún, los pronunciamientos de la parte dispositiva, fuera de los cauces previstos para ello en las leyes de enjuiciamiento (SSTC 159/1983, 119/1998, 12/1989, 231/1991, 142/1992, 380/1993)» (FJ 2), destacando estas exigencias como fundamentos inherentes al sistema jurídico, pues «la posibilidad de modificación conllevaría un fraude a la tutela judicial y asestaría un duro golpe a la seguridad jurídica, que ha de guiar la actuación de todos los poderes públicos (art. 9 CE), acabando con el concepto mismo de firmeza y permitiendo que el proceso pudiera resultar interminable y su resultado aleatorio. Por lo dicho, la inmutabilidad de las resoluciones judiciales firmes se incorpora por derecho propio como un elemento inherente a la tutela judicial en su dimensión existencial, marcada por la efectividad, sin que en ningún caso pueda calificarse como un aspecto extrínseco accesorio o formal de este derecho fundamental tan complejo (SSTC 119/1988 y 16/1991)» [...] (FJ 3); en la STC 41/1993, de 8 de febrero (Sala segunda; Luis López Guerra) se afirma que «no puede aceptarse, que sin el concurso de circunstancias sobrevenidas que hagan imposible o dificulten la ejecución de la Sentencia (como era el caso del supuesto debatido en la STC 153/1992), esto es, sin haberse alterado los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta ante la Sala sentenciadora, se pretenda dar por cumplido, en un momento posterior, el pronunciamiento judicial entonces emitido, por la vía de discutir de nuevo, en trámite de

LOPJ también consagra expresamente la preferencia por la ejecución específica al afirmar en el art. 18.2 que las sentencias «se ejecutarán *en sus propios términos*», aclarando que aun cuando la ejecución resultare imposible y debiera procederse a su transformación en un equivalente pecuniario, si una parte de la misma aún fuere ejecutable específicamente «el juez o tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren *la mayor efectividad de la ejecutoria*».

La exigencia de ejecución específica impone, como una de sus manifestaciones, una interpretación de la sentencia y de las normas reguladoras de la ejecución que la favorezca. Así lo ha expresado el Tribunal Constitucional al destacar que la interpretación del título ejecutivo debe ser favorable a la tutela efectiva, lo que exige, en primer lugar, y salvo causas legales y razonables, la satisfacción efectiva del interés o del orden jurídico que éste ampara y en los términos específicos con que lo hace<sup>163</sup>. Tal exigencia interpretativa se expresa también

---

ejecución, lo que ya fue en su día definitivamente resuelto por el órgano judicial. Una vez firme la Sentencia, a su ejecución sólo puede oponerse una alteración sobrevenida del marco jurídico de referencia para la cuestión debatida en un momento de su resolución por el juzgador» (FJ 2).

<sup>163</sup> La STC 67/1984 (cit.) afirma que «el juez ha de adoptar las medidas necesarias para la ejecución de acuerdo con las leyes, que han de ser interpretadas (según ha declarado el Tribunal en reiteradas ocasiones) de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental. Si tales medidas no se adoptan con la intensidad necesaria (y legalmente posible) para remover la obstaculización producida, el órgano judicial vulnera el derecho fundamental a la ejecución de sentencias que le impone (como antes decíamos) el deber de adoptar las medidas oportunas para llevarla a cabo.[...]» (FJ 2); según la STC 125/1987, de 15 de julio (Sala Primera; ponente: Antonio Truyol Serra) «en principio corresponde al órgano judicial competente, en su caso, a petición de los interesados cuando proceda según las leyes, deducir las exigencias que impone la ejecución de la Sentencia en sus propios términos, interpretando en caso de duda cuáles sean estos, y actuar en consecuencia, sin que sea función del Tribunal Constitucional sustituir a la autoridad judicial en este cometido. Ello no obstante, si un Juez o Tribunal se aparta, sin causa justificada, de lo previsto en el fallo que debe ejecutarse o se abstiene de adoptar las medidas necesarias para su ejecución, cuando le sea legalmente exigible, estaría vulnerando el art. 24.1 de la Constitución, supuesto en el que corresponde al Tribunal Constitucional, en el ámbito del recurso de amparo, el reconocimiento y restablecimiento del derecho constitucional infringido» (FJ 2); Para la STC 193/1988, de 18 de octubre (Sala Segunda; ponente: Ángel Latorre Segura) «establecida por el Juez una decisión firme la modalidad aplicable en el caso concreto la rectificación de esa decisión por otro Juez vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva que corresponde según doctrina reiterada de este tribunal, el derecho a que se ejecuten las Sentencias, y ha de entenderse que esa ejecución debe hacerse en la forma que ha decidido el Juez competente» (FJ 3); Para la STC 152/1990, de 4 de octubre (Sala Primera; ponente: Fernando García-Mon y González Regueral): «la inmodificabilidad de las sentencias firmes y el derecho a la ejecución de las sentencias en sus propios términos integran el contenido del derecho fundamental a la tutela efectiva sin indefensión. [...] sin que la interpretación del fallo por el juez de la ejecución haya de ser estrictamente literal, sino infiriendo del fallo sus naturales consecuencias en armonía con el todo que constituye la sentencia» (FJ 3); y para la STC

como principio *pro actione*, según el cual la interpretación del título ejecutivo debe hacerse siempre en el sentido más favorable a su efectividad, entendida ésta, en primer lugar, como obtención de la satisfacción en los mismos términos descritos en el título<sup>164</sup>. Igualmente, la exigencia de eficacia de la sentencia en

---

189/1990, de 26 de noviembre (Sala Segunda; ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer) la exigencia constitucional de ejecución de la Sentencia en sus propios términos «exigencia constitucional que no puede ser entendida, como se defiende en la demanda, como la ejecución estrictamente literal de la Sentencia en forma que desnaturalice e incluso contradiga el alcance y la naturaleza de la decisión judicial que trate de ejecutarse» (FJ 3); la STC 219/94 (cit.) afirma que «el derecho a la ejecución de las Sentencias “en sus propios términos” forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (SSTC 148/1989, 152/1990). Es decir, que se trata de un derecho fundamental al cumplimiento de los mandatos que la sentencia contiene, la realización de los derechos reconocidos en la misma o la imposición incluso forzosa del cumplimiento de las obligaciones en las que condena» (FFJJ 2 a 5); la STC 99/1995, de 20 de junio (Sala Primera; ponente: Vicente Gimeno Sendra) prohíbe que «una inadecuada actividad jurisdiccional ejecutiva pueda adicionar, contradecir o desconocer aquello que, con carácter firme, haya sido decidido con fuerza de cosa juzgada en el previo proceso de declaración» (FJ 5).

<sup>164</sup> La STC 33/1987, de 12 de marzo (Sala Primera; ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer) afirma que al derecho a la ejecución de sentencias: «de es aplicable también el principio *pro actione* que inspira otras manifestaciones del art. 24.1. Una decisión de no ejecución de una Sentencia habrá de apoyarse en la concurrencia de una causa prevista por una norma legal, pero interpretada a su vez en el sentido más favorable a tal ejecución, sin que sea constitucionalmente válida la inejecución o la no resolución sobre el fondo de la pretensión de ejecución, salvo que así se decida expresamente en resolución motivada (STC 155/1985) en aplicación de una causa prevista en una norma legal y no interpretada restrictivamente. La denegación de la ejecución no puede ser, pues arbitraria ni irrazonable ni fundarse en una causa inexistente, ni en una interpretación del derecho fundamental» (FJ 3); en la STC 167/1987 (cit.) se afirma que al Tribunal Constitucional le corresponde «reparar las eventuales lesiones del derecho a la tutela judicial que tengan su origen en la pasividad o desfallecimiento de los órganos judiciales para adoptar las medidas necesarias que aseguren el cumplimiento de sus propios fallos [...] que los propios órganos judiciales reaccionen frente a ulteriores actuaciones o comportamientos enervantes del contenido material de sus decisiones, y que lo hagan, esto es lo esencial, en el propio procedimiento incidental de ejecución, al cual es, sin duda, aplicable el principio *pro actione* que inspira el art. 24.1 de la Constitución. Sólo así se garantiza la eficacia real de las resoluciones judiciales firmes y por ende, del control jurisdiccional sobre la Administración, y sólo así pueden obtener cumplida satisfacción los derechos de quienes han vencido en juicio, sin obligarles a asumir la carga de nuevos procesos, que resultaría incompatible con la tutela eficaz y no dilatoria que deben prestar los órganos judiciales, los cuales deben interpretar y aplicar las leyes en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental. Todo ello sin perjuicio de que en el incidente de ejecución no puedan resolverse cuestiones que no hayan sido abordadas ni decididas en el fallo o con las que éste no guarde una directa e inmediata relación de causalidad, pues de otro modo no solo se vulnerarían las normas legales que regulan la ejecución, sino que podría resultar menoscabado, asimismo, el derecho a la tutela judicial efectiva de las otras partes procesales o de terceros» (FJ 2)»; la STC 148/1989, de 21 de septiembre (Sala Primera; ponente: Carlos de la Vega Benayas ) entiende que «el Juez de la ejecución ha de apurar siempre, en virtud del principio *pro actione*, del de economía procesal y, en definitiva, de su deber primario de tutela, la posibilidad de realización completa del fallo, infiriendo de él todas sus naturales consecuencias en relación con la *causa petendi*, es decir, de los hechos debatidos y de los argumentos jurídicos de las partes, que, aunque no pasan literalmente al fallo, como es lógico, sí constituyen base para su admisión o rechazo por el juzgador y, por ello, fundamento de su fallo, como es lógico, del cual operan como causas determinantes. [...] implica que la interpretación y aplicación del fallo de la

sus propios términos se ha expresado doctrinalmente a través del denominado *principio de congruencia con el título* haciendo referencia a que el título ejecutivo tiene una función delimitadora del ámbito material de la ejecución, condicionando su alcance<sup>165</sup>.

A pesar de la afirmada preferencia legal por la ejecución específica es evidente que ésta no es siempre posible. La imposibilidad de ejecución específica puede tener causas materiales o jurídicas según deriven, respectivamente, de condiciones naturales (relativas al orden de las cosas: el bien que debe entregarse no existe porque se ha destruido o ha desaparecido; la prestación de hacer está fuera de la habilidad del deudor) o de la regulación jurídica (el deudor no tiene de poder de disposición sobre el bien que debe entregar o no puede ser forzado a realizar determinadas conductas por respeto a alguno de sus derechos fundamentales). En tales casos de imposibilidad, la garantía de eficacia exige entonces que la satisfacción del deudor tenga lugar mediante una

---

sentencia no ha de ser estrictamente literal, sino finalista (art. 3 del CC) y en armonía con todo lo que constituye la sentencia» y, por ello niega que el tribunal ejecutor pueda «interpretar el fallo restrictivamente, excluyendo, por atenerse a su mera literalidad, los puntos y datos de hecho y jurídicos que lo sustentan, es decir, los constitutivos del derecho que en el fallo se declara o reconoce. [...] En realidad, y en términos generales, todo derecho existente o que judicialmente se reconozca e imponga a los interesados, lleva en potencia la necesaria fuerza expansiva para su cumplimiento en la esfera jurídica de los hechos y de las conductas humanas, es decir, en su realización voluntaria o coactiva, en su efectividad, en su real eficacia, lo que no es más, en definitiva, que el desarrollo de su propio contenido» (FJ 4).

<sup>165</sup> Para SALINAS MOLINA, este principio expresa o resume toda la fuerza e influencia del título ejecutivo en el proceso de ejecución: «una consecuencia lógica del principio de congruencia es que aunque en el proceso de ejecución se constaten por el órgano judicial hechos trascendentes que hubieren motivado presumiblemente una sentencia de signo diferente, si tales hechos son anteriores a la constitución del título ejecutivo y aunque las cuestiones relativas a los mismos no se hubieran planteado ni sometido oportunamente a debate contradictorio en la fase declarativa, no puede servir para alterar el contenido del título, vulnerándose, si así se efectúa, el Derecho fundamental a que la sentencia sea ejecutada en sus propios términos» (Salinas Molina, Fernando, «Lo contencioso en la ejecución: cuestiones incidentales y oposición» en *Puntos críticos en ejecución de sentencias*, CGPJ, Madrid, 1999). Si consideramos que es función de los principios explicar a partir de unas pocas reglas las peculiaridades de una figura o institución jurídica, no puede considerarse desacertada la densidad conceptual que el citado autor otorga al principio de congruencia. SOLCHAGA LOITEGUI, invocando la autoridad de FENECH, señala, en relación con la congruencia, que: «si respecto del [proceso] declarativo se concibe como adecuación entre las pretensiones de las partes formuladas oportunamente y la parte dispositiva de la resolución judicial, en aquél [el proceso de ejecución] la actuación judicial ha de acomodarse, no a la situación subjetiva de las pretensiones de las partes, sino a la situación objetiva establecida en el título ejecutivo; de modo que [...] habrá que comparar el contenido del título ejecutivo con la actividad jurisdiccional ejecutiva para apreciar la congruencia» (Solchaga Loitegui, Jesús, *El procedimiento de apremio sobre inmuebles*, Aranzadi, Pamplona, 1986, pág. 111).

prestación distinta (generalmente, dineraria) y de valor equivalente<sup>166</sup> a la inicialmente debida. También la jurisprudencia del TEDH admite la ejecución por equivalente afirmando que los Estados disponen de un amplio margen de apreciación para determinar (en su legislación) los medios apropiados para la ejecución forzosa<sup>167</sup>.

Desde el punto de vista de la garantía de eficacia, la transformación mencionada debe tener su fundamento en «razones atendibles» que, según el TC, deben estar consagradas legalmente<sup>168</sup>. Por otra parte, la imposibilidad de satisfacción

---

<sup>166</sup> Sin perjuicio de que razones de interés público o social justifiquen, en casos concretos, la expropiación forzosa de la prestación debida. No se tratará, en todo caso, de una excepción al principio de legalidad, pues el art. 18.2 LOPJ admite expresamente que «por causa de utilidad pública o interés social, declarada por el gobierno, podrán expropiarse los derechos reconocidos frente a la Administración Pública en una sentencia firme, antes de su ejecución. En este caso, el juez o tribunal a quien corresponda la ejecución será el único competente para señalar por vía incidental la correspondiente indemnización».

<sup>167</sup> Vid, por ejemplo, *Emsenhuber c. Austria*, decisión de 11 de septiembre de 2003.

<sup>168</sup> En este sentido, desde la STC 58/1983, de 29 de junio (Sala 2.ª; ponente: Luis Díez-Picazo y Ponce de León), el TC viene afirmando que «la consagración constitucional del derecho de tutela jurisdiccional no alcanza a cubrir las diferentes modalidades que puede revestir la ejecución de una sentencia, pues supuesto que la norma constitucional se cumple si la sentencia es efectiva y el derecho del ciudadano recibe satisfacción, hay que concluir que tan constitucional es una ejecución en que se cumple el principio de identidad entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo, como una ejecución en que, *por razones atendibles*, la condena es sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación. Desde este punto de vista, resulta claro que en la LEC las condenas de hacer y no hacer (y en algunos casos las condenas de dar cosas específicas) según los arts. 919 y sigs., pueden transformarse, en el trámite de ejecución de sentencia, en prestaciones de cantidades pecuniarias, sin que pueda decirse que, de esta manera, se viola la Constitución» (FJ 2, la cursiva es nuestra); La necesidad de que tales «razones atendibles» tengan rango legal puede comprobarse en la STC 67/84, de 7 de junio (Sala Primera; ponente: Rafael Gómez-Ferrer Morant) según la cual «el legislador puede establecer, sin afectar al contenido esencial del derecho, los supuestos en que puede no aplicarse el principio de identidad y sustituirse por una indemnización» (FJ. 4.º); en esta misma línea, favorable a la ejecución por equivalente si existe causa legal, pero añadiendo límites de naturaleza interpretativa, la STC 33/1987 (cit.) afirma que «dado que el derecho a la ejecución de sentencias le es aplicable también el principio *pro accione* que inspira otras manifestaciones del art. 24.1. Una decisión de no ejecución de una Sentencia habrá de apoyarse en la concurrencia de una causa prevista por una norma legal, pero interpretada a su vez en el sentido más favorable a tal ejecución, sin que sea constitucionalmente válida la inejecución o la no resolución sobre el fondo de la pretensión de ejecución, salvo que así se decida expresamente en resolución motivada (STC 155/1985) en aplicación de una causa prevista en una norma legal y no interpretada restrictivamente. La denegación de la ejecución no puede ser, pues, arbitraria ni irrazonable ni fundarse en una causa inexistente, ni en una interpretación del derecho fundamental» (FJ. 3.º). La STC 41/1993, de 8 de febrero (Sala Segunda; ponente: Luis López Guerra) señala, como condición para la novación objetiva del proceso, la concurrencia de circunstancias sobrevenidas: «No puede aceptarse, que sin el concurso de circunstancias sobrevenidas que hagan imposible o dificulten la ejecución de la Sentencia (como era el caso del supuesto debatido en la STC 153/1992), esto es, sin haberse alterado los términos en los

específica debe ser interpretada restrictivamente, de modo que si la imposibilidad de ejecución en forma específica afecta sólo a alguna parte del título (si este permite o ampara distintas prestaciones), la transformación en una ejecución por equivalente no se comunica a aquellas otras prestaciones amparadas por el título cuya ejecución forzosa todavía fuera posible en forma específica; el tribunal deberá emplear para estas últimas todos los medios a su alcance (art. 18.2 LOPJ). Sirve de ejemplo de este enfoque la regulación del cumplimiento de obligaciones de no hacer en el art. 710 LEC: sin perjuicio de la indemnización de daños que surge del incumplimiento, el tribunal debe ordenar al deudor que deshaga lo mal hecho (siempre y cuando esta operación sea satisfactiva en sentido específico para el acreedor) así como a requerirle para que no reitere el incumplimiento (si fuera reiterable en perjuicio del acreedor) —art. 710.1 LEC—. Sólo si no cabe reiteración y el deshacer lo mal hecho no satisface al acreedor la ejecución se limita a la indemnización de daños y perjuicios.

Cuestión distinta (aunque próxima) a la mencionada imposibilidad de obtener la prestación debida según el título por medios de sustitución y coerción es la relativa a la pérdida sobrevenida de interés del demandante en tal prestación. En la medida en que el retraso que origina la pérdida de interés del demandante sea imputable a la conducta del ejecutado, se otorga al primero el derecho a renunciar a la satisfacción específica y optar por la genérica. Tal ocurre cuando el demandado no cumple el requerimiento genéricamente establecido por el art. 699 LEC (requerimiento de entrega de una cosa genérica o indeterminada o de realización de una prestación de hacer —tanto no personalísima como personalísima—), que, como parte de la actividad ejecutiva, le dirige el tribunal; en tales casos, el acreedor puede optar por la satisfacción específica (a la que sigue teniendo derecho cuando no es imposible) o, en cambio,

---

que la disputa procesal fue planteada y resuelta ante la Sala sentenciadora, se pretenda dar por cumplido, en un momento posterior, el pronunciamiento judicial entonces emitido, por la vía de discutir de nuevo, en trámite de ejecución, lo que ya fue en su día definitivamente resuelto por el órgano judicial. Una vez firme la Sentencia, a su ejecución sólo puede oponerse una alteración sobrevenida del marco jurídico de referencia para la cuestión debatida en un momento de su resolución por el juzgador» (FJ 2).

manifestar su preferencia por la satisfacción genérica (indemnización de daños) en los supuestos previstos en los arts. 702.2, 706.1, 709.1 y 3 LEC<sup>169</sup>.

#### 4.º Satisfacción del demandante desde el mismo inicio del proceso.

Con el despacho de ejecución comienza de modo inmediato (salvo suspensión derivada, en su caso, de la oposición a la ejecución o de la interposición de recursos) la satisfacción del acreedor. El derecho al despacho de ejecución es un derecho a obtener del tribunal, desde el momento mismo del despacho, la actividad orientada a la satisfacción jurídica acorde con la prestación que consagra el título (y que el demandante de ejecución solicite en su demanda). La actividad del tribunal tras el despacho debe considerarse, desde su mismo inicio, actividad satisfactiva de la pretensión formulada, en cuanto aspira a proporcionar al demandante el interés consignado en el título ejecutivo y no a resolver sobre el derecho a obtenerlo.

La satisfacción plena del derecho del acreedor exigirá, sin embargo, que se culminen todas las actividades instrumentales a través de las cuales ha de consumarse la responsabilidad del deudor con sacrificio de su esfera jurídica (embargo, traba, subasta de los bienes y remate en la ejecución dineraria, orden de desalojo del inmueble o de entrega del bien mueble seguida de diligencia de lanzamiento o de desposesión en la ejecución no dineraria para la entrega de cosas, etc.<sup>170</sup>). Con fundamento en lo dicho, se puede afirmar que la actividad

---

<sup>169</sup> PÉREZ DEL BLANCO considera la opción otorgada al demandante como una manifestación más del principio de eficacia, pues «el proceso de ejecución no dineraria configurado por la LEC tiene como única finalidad la eficacia de las resoluciones de condena, por encima de cualquier otro principio que pudiese suponer la disminución de las posibilidades de alcanzar la ejecución de las condenas. Esto se manifiesta principalmente en el refuerzo de la titularidad del derecho a la ejecución de las resoluciones jurisdiccionales que ostenta el acreedor; manifestándose en la atribución al mismo del derecho de opción entre las diferentes posibilidades de satisfacción de las pretensiones de condena reconocidas» (Pérez del Blanco, Gilberto, *La ejecución no dineraria en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Universidad de León, 2001, págs. 11 y 12).

<sup>170</sup> En este sentido, ORTELLS RAMOS afirma que «la iniciación de la ejecución, mediante el despacho de la misma, no consiste en iniciar un procedimiento para resolver, en un momento dado, si procede acordar actuaciones ejecutivas, sino que consiste en adoptar medidas ejecutivas. Como dice el art. 553.4.º LEC [en su versión vigente hasta el 5 de mayo de 2010, equivalente al actual art. 551], el auto que despache la ejecución deberá contener “las actuaciones judiciales ejecutivas que proceda

satisfactiva de ejecución no es instantánea (como sí lo es la actividad satisfactiva en el proceso de declaración mediante la sentencia —lo verdaderamente durativo en ese proceso es la actividad contradictoria al servicio de la cognición—) sino de «tracto sucesivo». El carácter durativo o de «tracto sucesivo» de la ejecución permite, como enseguida veremos, la contradicción: la necesaria duración del proceso da ocasión para una reacción impugnatoria de las partes frente a la satisfacción en curso (oposición a la ejecución y recursos, fundamentalmente) dando así entrada al contradictorio en el proceso de ejecución. Debe advertirse que sólo la impugnación por el demandado (y no su pasividad) puede originar el fracaso de la actividad satisfactiva ya iniciada. Por otra parte, la suspensión de la ejecución con motivo de la actividad impugnatoria (mediante oposición o recurso) está concebida de manera muy restrictiva (arts. 556.2, 557.2 y 565 y sigs. LEC<sup>171</sup>).

#### 5.º Impulso de oficio de la actividad ejecutiva y carácter reglado de la ejecución.

La sucesión de actividades (del tribunal y las partes) que, en el orden previsto en la ley, se deben realizar para lograr la satisfacción del acreedor tal como ordena el despacho y precisa la orden general de ejecución son impulsadas de oficio por el tribunal. Aun cuando esta característica puede considerarse una manifestación del principio de impulso de oficio que la LOPJ formula con carácter general en el art. 237 LOPJ<sup>172</sup>, su aplicación al proceso de ejecución va más lejos que en el proceso de declaración, pues todas las resoluciones procesales que a partir del despacho dicta de oficio el tribunal, aun cuando se trate de actos instrumentales y no

---

acordar, desde ese momento, incluido, si fuere posible, el embargo de bienes concretos”. Es decir, con el despacho de ejecución el ejecutante comienza a recibir la tutela ejecutiva y, dado que ésta no culmina instantáneamente, deberá continuar recibéndola, salvo que la eficacia del despacho deba ser suspendida o extinguida por alguna causa regulada por la ley procesal» (Ortells Ramos, *Manuel, Derecho Procesal Civil*, 2005, cit., pág. 729).

<sup>171</sup> El art. 565 LEC (bajo la rúbrica «*Alcance y norma general sobre suspensión de la ejecución*») establece que «Sólo se suspenderá la ejecución en los casos en que la Ley lo ordene de modo expreso, o así lo acuerden todas las partes personadas en la ejecución»; El art. 557.2 LEC regula el efecto de la oposición a la ejecución despachada al amparo de títulos extrajurisdiccionales.

<sup>172</sup> Este artículo, bajo la rúbrica «impulso de oficio», establece que «Salvo que la ley disponga otra cosa, se dará de oficio al proceso el curso que corresponda, dictándose al efecto las resoluciones necesarias».



definitivos, contribuyen a la satisfacción del demandante al avanzar progresivamente hacia ella. Por el contrario, en el proceso de declaración aunque el tribunal hace avanzar de oficio el proceso hacia la sentencia no determina con cada uno de sus actos la satisfacción del acreedor (a ello contribuyen los actos de alegaciones, de prueba o de conclusiones que son carga de las partes). Es decir, en el proceso de declaración la satisfacción jurídica la proporciona el tribunal de forma instantánea mediante la resolución definitiva que pone fin al proceso (la sentencia) mientras que en el proceso de ejecución el tribunal asume, apenas iniciado el mismo (tras el despacho de ejecución), toda la actividad procesal necesaria para dar satisfacción al acreedor. En este sentido, puede entenderse que el art. 551.2.4.º LEC establezca como contenido de la orden general de ejecución que dicta el Juez la formulación de «las precisiones que resulte necesario realizar respecto [...] del contenido de la ejecución» y como contenido del decreto de concreción ejecutiva dictado por el secretario a continuación de dicha orden «las medidas ejecutivas concretas que resultaren procedentes [...]» (art. 551.3.1.º LEC); asimismo, para la ejecución forzosa de entrega de bienes inmuebles el art. 703.1 LEC establece que «[...] el secretario judicial encargado de la ejecución ordenará de inmediato lo que proceda según el contenido de la condena». Es decir, el tribunal, de oficio, dicta las resoluciones necesarias para dar satisfacción al acreedor.

No obstante, el alcance del principio de impulso de oficio debe ser rectamente entendido. En primer lugar, no supone suprimir el principio dispositivo: el art. 549.1 LEC exige, para que se inicie el proceso, la formulación una pretensión ejecutiva en forma de demanda<sup>173</sup>. La pretensión deberá expresar la *causa petendi*, mediante la expresión del título ejecutivo (ordinal 1º); la formulación del *petitum* (ordinal 2.º) requiere precisar «la tutela ejecutiva que se pretende, en relación con el título ejecutivo que se aduce», lo que supone, en nuestra opinión, identificar la modalidad de ejecución que, a juicio del demandante, se deriva de su título (ejecución dineraria o no dineraria en sus distintas variantes<sup>174</sup>), así

---

<sup>173</sup> Sobre las peculiaridades de la ejecución directa (lanzamiento directo), vid. infra. Parte 2, Cap. 1. § 4.

<sup>174</sup> También en este sentido, existen algunos supuestos (ejecución forzosa de prestaciones no dinerarias de carácter personalísimo) en que la ley procesal otorga al demandante la opción entre diferentes formas de satisfacción (arts. 702, 706, 709.1 LEC) exigiéndose del demandante la expresión

como precisar tanto su extensión subjetiva (como especifica el ordinal 5.º), como su alcance objetivo (como especifica el ordinal 2.º, *in fine*, para la modalidad de ejecución dineraria). No obstante, tratándose de resoluciones procesales que hubieran sido dictadas por el propio tribunal al que corresponde la ejecución, tales aspectos pueden ser delimitados por una mera referencia al título ejecutivo (art. 549.2 LEC). Por tanto, del principio de impulso de oficio sólo se deriva la adopción por el tribunal de las medidas concretas necesarias para dar satisfacción a una pretensión que haya sido previamente delimitada por el demandante de conformidad con el principio dispositivo.

En segundo lugar, el impulso de oficio tampoco es incompatible con el principio de audiencia que admite, por ejemplo, que el ejecutante postule del tribunal medidas ejecutivas concretas; en tal sentido, el art. 551.1 LEC ordena al tribunal comprobar que «los actos de ejecución *que se solicitan* sean conformes con la naturaleza y contenido del título», rechazando las medidas solicitadas que no sean acordes con la acción invocada y amparada en el título o que sean incompatibles con los medios de ejecución previstos por la ley. Sin embargo, la solicitud de medidas (y el consiguiente rechazo de las medidas improcedentes) no exime al tribunal de adoptar, a su vez, de oficio, todas aquellas otras que considere procedentes según el contenido de la condena y la modalidad de ejecución solicitada (art. 551.3 LEC). Sólo en casos muy concretos se impone al ejecutante la carga de contribuir al desarrollo de las medidas ejecutivas concretas sobre todo cuando tales medidas requieren conocimientos de naturaleza puramente fáctica: el demandante debe indicar, por ejemplo, «los bienes del ejecutado susceptibles de embargo de los que tuviere conocimiento» y «si los considera suficientes para el fin de la ejecución», así como «las medidas de localización e investigación que interese al amparo del artículo 590 de esta Ley» (ordinales 3.º y 4.º del art. 549.1 LEC), condicionándose a dicha solicitud la posibilidad ulterior de investigación del patrimonio del ejecutado contemplada en los arts. 589 y siguientes LEC.

Tiene relación con lo expuesto el que se ha denominado *carácter reglado de la ejecución*, según el cual la mayor parte de la actividad (satisfactiva para el acreedor

deberíamos decir) en que la ejecución consiste está reglada de forma precisa<sup>175</sup> (razón que aboga por su desarrollo de oficio por el tribunal), siendo el procedimiento de apremio, por lo abundante de su regulación, el caso paradigmático. Sin embargo, tal regla no es generalizable a todas las modalidades de ejecución. Tratándose de la ejecución no dineraria el régimen jurídico contenido en la LEC es más impreciso, dejando a la valoración interpretativa del tribunal ejecutor numerosas decisiones respecto a las actividades a través de las cuales debe otorgar la satisfacción pretendida; en tal sentido, el art. 701.1 LEC, regulando la entrega de cosa mueble determinada, establece que el tribunal «pondrá al ejecutante en posesión de la cosa debida, empleando para ello los apremios *que crea precisos* [...]» y el art. 703.1 LEC, ocupándose de la entrega de un bien inmueble determinado, prescribe que el tribunal «ordenará de inmediato *lo que proceda* según el contenido de la condena». No se pretende con ello autorizar la improvisación o el capricho del tribunal (algo inadmisibles para cualesquiera poderes públicos, sometidos siempre a la interdicción de la arbitrariedad —art. 9.3 CE—) ni siquiera otorgar al tribunal una suerte de discrecionalidad política o técnica (impropia de un órgano imparcial como es el tribunal, sometido plenamente a la ley —art. 117.1 CE—); se trata, en cambio, de la exigencia de adaptar la conducta ejecutiva del tribunal a la realidad cambiante a la que se enfrenta cada proceso (con la guía imprescindible del principio de proporcionalidad)<sup>176</sup>.

---

<sup>175</sup> En este sentido, FERNÁNDEZ BALLESTEROS señala que «el Legislador ha hecho de la ejecución una actividad estrictamente reglada que debe hacerse efectiva conforme a un plan detalladamente previsto con anterioridad y plasmado en preceptos de obligado cumplimiento» (Fernández-Ballesteros López, Miguel Ángel, *Derecho procesal Civil, vol. III, La ejecución forzosa. Las medidas cautelares*, CERA, Madrid, 1995 (4.ª ed.), pág. 43).

<sup>176</sup> TARUFFO distingue la actuación del tribunal en ámbitos como los descritos en el texto en que «se trata de aplicar normas ya existentes, pero que reenvían a principios, a conceptos indeterminados o a cláusulas generales», afirmando que «en esos casos no se está ante una pura y simple discrecionalidad interpretativa y que el juez debe recurrir a la denominada hetero-interpretación de la norma que debe aplicarse», de aquellos otros en los que los tribunales desarrollan una verdadera función creativa según la cual: «la función de la jurisdicción no es sólo declarar derechos una vez que éstos rigen, sino también crear derechos previamente inexistentes y que surgen precisamente con la decisión del juez que los reconoce»; en este segundo supuesto, entiende el autor citado que se trata de una «jurisdicción “creativa”» que avala el propio legislador: «cuando, por ejemplo, la Constitución brasileña encarga al juez asegurar la ejecución de los derechos fundamentales —también en ausencia de normas legales ordinarias que los prevean— no hace otra cosa que atribuir a la jurisdicción una función de suplencia respecto de los otros poderes del Estado, precisamente con la finalidad de asegurar que los derechos fundamentales sean protegidos. Algo similar sucedió, en ausencia de previsiones normativas de todo tipo, con las *institutional injunctions*, creadas a partir de los años setenta

También el principio *pro actione* (que antes habíamos invocado en relación con la ejecución específica) se relaciona con el impulso de oficio, exigiendo interpretar las normas de procedimiento en el sentido más favorable a la efectividad de la tutela y, por consiguiente, no esperando una constante iniciativa de parte, siendo función del tribunal otorgar la tutela debida, pues el derecho a la misma, en principio, no se discute (merced al título ejecutivo). En esta dirección se ha pronunciado el Tribunal Constitucional<sup>177</sup>.

## 6.º Principio de coactividad y carácter sustitutivo de la actividad ejecutiva.

Las características distintivas de la actividad jurisdiccional ejecutiva (sustitución y coerción) son, lógicamente, elementos nucleares en la garantía de eficacia a que esta

---

por los tribunales estadounidenses: con este remedio procesal los jueces sustituyeron al legislador ordinario y a los órganos administrativos encargados de la tutela de los derechos fundamentales en el interior de instituciones como cárceles u hospitales. Fueron los jueces los que, en diversos casos, dispusieron —extendiendo sus poderes de una forma hasta entonces nunca vista— a la reorganización de estas instituciones: ejercitando, pues, un poder no sólo creativo sino incluso organizativo y administrativo»; pero uno y otro ámbito, concluye Taruffo (siguiendo a Ferrajoli) «el juez no debe sólo aplicar una norma preexistente, sino que dispone de un poder “creativo” en la identificación de la regla que deberá aplicar a los hechos» (Taruffo, Michele, «Leyendo a Ferrajoli: Consideraciones sobre la Jurisdicción», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, 2008, pág. 389). Por nuestra parte, dudamos de que pueda establecerse una diferencia radical entre la función jurisdiccional en ambos supuestos: aplicación de las normas frente a su creación; aunque en el segundo caso el tribunal aplica sólo normas constitucionales no asume por ello una labor creadora pues no dispone de *vis* política: su aplicación del derecho se resuelve en un ejercicio de ponderación rigurosa mas nunca de creación.

Sobre el principio de proporcionalidad vid. *infra* pág.

<sup>177</sup> Según la STC 67/1984, de 7 de junio (cit.) «El juez ha de adoptar las medidas necesarias para la ejecución de acuerdo con las leyes, que han de ser interpretadas (según ha declarado el Tribunal en reiteradas ocasiones) de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental. Si tales medidas no se adoptan con la intensidad necesaria (y legalmente posible) para remover la obstaculización producida, el órgano judicial vulnera el derecho fundamental a la ejecución de sentencias que le impone (como antes decíamos) el deber de adoptar las medidas oportunas para llevarla a cabo» (FJ 2); y según la STC 167/1987 (cit.) «no compete a este Tribunal precisar cuales sean las decisiones y medidas oportunas que en cada caso, hayan de adoptarse en el ejercicio de dicha potestad jurisdiccional ejecutiva, pero sí le corresponde en cambio corregir y reparar las eventuales lesiones del derecho a la tutela judicial que tengan su origen en la pasividad o desfallecimiento de los órganos judiciales para adoptar las medidas necesarias que aseguren el cumplimiento de sus propios fallos [...] postula, además, que los propios órganos judiciales reaccionen frente a ulteriores actuaciones o comportamientos enervantes del contenido material de sus decisiones, y que lo hagan, esto es lo esencial, en el propio procedimiento incidental de ejecución, al cual es, sin duda, aplicable el *principio pro actione* que inspira el art. 24.1 de la Constitución. [...] los órganos judiciales, [...] deben interpretar y aplicar las leyes en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental» (FJ 2).

modalidad de aplicación del derecho está orientada. En la base de la ejecución está la convicción del ordenamiento de que el conflicto volitivo (la resistencia al cumplimiento) no debe impedir la realización del orden jurídico establecido por las normas y la consiguiente satisfacción del acreedor. Los actos procesales que desarrolla el tribunal en satisfacción de la pretensión no están sometidos a la voluntad del deudor sino que la sustituyen o bien la constriñen en distinto grado. De ellas ya nos hemos ocupado al señalar las notas distintivas esenciales de la ejecución como proceso.

7.º Exigencia de una completa satisfacción del acreedor mediante la novación objetiva de la ejecución y mediante su extensión temporal.

La garantía de eficacia de la tutela jurisdiccional exige que la ejecución no finalice en caso de imposibilidad (material o jurídica) de obtener satisfacción en los términos específicos consignados en el título. Con toda rotundidad, el art. 570 LEC, bajo la rúbrica «final de la ejecución» establece que «la ejecución forzosa sólo terminará con la *completa* satisfacción del acreedor ejecutante»<sup>178</sup>. Para dicha «completa satisfacción» se establecen dos mecanismos.

Un primer mecanismo para garantizar la «completa satisfacción» del ejecutante no es otro que el de ejecución «por equivalente» pecuniario cuando no es posible, en todo o en parte, la ejecución específica. El mecanismo de satisfacción por equivalente consiste en transformar la prestación originaria (tal como figura en el título) en otra prestación distinta que la sustituye (en todo o en parte), es decir, consiste en una novación objetiva de la prestación originaria<sup>179</sup>. Dicha

---

<sup>178</sup> Tras la reforma de la LEC por ley 13/2009, de 3 noviembre se incorpora a dicho artículo su párrafo segundo que, tras reproducir literalmente el primero (lo que sin duda es un error de redacción), añade la exigencia de una resolución procesal expresa (en forma de decreto del secretario judicial) para declarar el fin de la ejecución, admitiendo recurso directo de revisión frente a la misma.

<sup>179</sup> Respecto a esta calificación como novación, se muestra crítica TAPIA FERNÁNDEZ, a partir de un análisis dogmático-histórico de la misma y considerando el *animus novandi* como elemento esencial de la misma: «en el Derecho romano clásico, esencial en la novación era el “idem debitum” o “eadem res”, por lo que la “translatio prima obligatio in posteriorem” (Gai III, 176) sólo era posible si el objeto de la obligación permanecía inalterable. Desaparecido el carácter formal de la novación en el Derecho justiniano, la novación se centra en el “animus novandi”; aun el objeto ha de permanecer esencialmente idéntico pero puede producirse “aliquid novi” (así, una “condicio”, una

transformación o novación se regula, con carácter general, en el art. 18.2 LOPJ, según el cual, cuando la ejecución específica resultare *imposible* (en los términos restrictivos que señalamos al tratar la preferencia por la ejecución específica), el tribunal «fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquella no pueda ser objeto de cumplimiento pleno». La referencia a este mecanismo de tutela se reitera en diversos artículos de la LEC. El art. 700 LEC, de aplicación general a toda ejecución no dineraria, regula el embargo de bienes destinado a cubrir la eventual indemnización —el equivalente pecuniario— en que se puede llegar a transformar la prestación específica originaria; el art. 701.3 LEC prevé la transformación de la prestación de dar cosas muebles determinadas en una indemnización en caso de destrucción o desaparición de tales bienes; el art. 710 LEC contempla la transformación en prestación dineraria de las prestaciones de no hacer una vez realizado aquello que le estaba vetado al deudor según el título ejecutivo; los arts. 712 y siguientes de la LEC regulan el procedimiento para el cálculo de la equivalencia pecuniaria (procedimiento de liquidación).

Una vez realizada la transformación de la obligación originaria en su equivalente pecuniario se deberá acudir a los medios propios de la ejecución de prestaciones

---

nueva causa, un “dies”). Los Glosadores se pronunciaron abiertamente por la prevalencia del “animus”. Y el proyecto del Código civil de 1851 demuestran la esencialidad del “animus novandi” (“animus” que puede ser expreso o tácito, pero que requiere en todo caso que se muestre claramente la intención de novar). En nuestro sistema actual, a pesar de ser la novación una institución jurídica polémica, la doctrina concuerda en que la novación no se presume, y, además, que el “animus novandi” ha de existir (ya expresa, ya tácitamente: si la novación es objetiva, el “animus” ha de ser expreso), porque si falta este requisito, se habrá creado una nueva obligación pero no se habrá extinguido la primera y subsistirán ambas conjuntamente. Y el Tribunal Supremo, en sentencias de 20 de Enero de 1961 (Ar. 106) y 17 de febrero de 1957 (Ar. 717), entre otras muchas, reclama la exigencia inequívoca de este requisito (Tapia Fernández, Isabel, *Las condenas no pecuniarias, (ejecución de sentencias de dar, hacer y no hacer)*, Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, Palma de Mallorca, 1982, págs. 24 a 27). También CARRERAS se muestra crítico con la categoría de la novación para explicar el fenómeno descrito, considerando errónea la tesis según la cual «si el deudor se niega a cumplir una determinada obligación, y los efectos propios del cumplimiento no pueden conseguirse a través y por medio de una sanción específica, la obligación se nova en otra distinta [...]»; para este autor la novación no puede explicar el cambio de una institución privada (la obligación) a otra pública (el proceso): «luego del incumplimiento solo cabe la sujeción al juez que impone la sanción [...] que la actividad a que se sujeta el responsable sea una u otra depende de la oportunidad; el hecho de que cuando una conducta no es fungible [naturalmente], el Juez sustituya al responsable en otra conducta distinta, cae fuera del Derecho privado y entra en el dominio del derecho público, y es perfectamente lógico sin forzar los conceptos ni crear ficciones» (Carreras Llansana, J., *El embargo de bienes*, J. M.<sup>a</sup> Bosch, Barcelona, 1957, págs. 62 y 63).

dinerarias que al actuar sobre el patrimonio como un género (considerando su valor de cambio) amplían las posibilidades de satisfacción, habida cuenta de que estará la totalidad del patrimonio en función de la prestación («el deudor responde de sus obligaciones con todos sus bienes...»): art. 1911 CC).

El segundo de los mecanismos dispuestos en la LEC para otorgar completa satisfacción al acreedor es la que podemos denominar «perpetuación de la acción ejecutiva»: fracasada la ejecución tanto por vía específica como, en su caso<sup>180</sup>, genérica (por insuficiencia del patrimonio del deudor), la actividad ejecutiva podrá reiniciarse en cuanto la prestación sea posible (normalmente que el deudor venga a mejor fortuna o se descubran en su patrimonio bienes antes desconocidos)<sup>181</sup>. Es decir, la acción ejecutiva mantiene su vigor hasta la completa satisfacción del acreedor sin que pueda verse afectada por la caducidad de la instancia; en este sentido, el art. 239 LEC excluye la caducidad de la instancia para las actuaciones de ejecución forzosa, afirmando su párrafo segundo que éstas «se podrán proseguir hasta obtener el cumplimiento de lo juzgado, aunque hayan quedado sin curso durante los plazos señalados en este Título». Del mismo modo, una vez iniciada la ejecución, el plazo señalado en el art. 518 LEC deviene inaplicable<sup>182</sup>.

8.º Extensión subjetiva de la ejecución: novación subjetiva de la prestación.

Otra de las manifestaciones de la garantía de eficacia a que aspira nuestro sistema de ejecución forzosa consiste en la extensión de la responsabilidad que el título refleja a sujetos que no figuran *nominatim* en el mismo. Como instrumento de la eficacia, tal extensión de responsabilidad está vinculada a la tutela efectiva constitucionalmente garantizada al acreedor.

---

<sup>180</sup> Sólo cuando la ejecución específica se vuelve imposible o ya no satisface al acreedor (vid. *supra*).

<sup>181</sup> Vid. DELA OLIVA SANTOS, Andrés, en *Derecho Procesal civil*, 2000, cit., págs. 32 y 33.

<sup>182</sup> Vid., MONTERO AROCA y FLORS MATÍES, *Tratado del Proceso de Ejecución Civil*, Tomo I, 2003, cit., págs. 941 a 943; ESCALER BASCOMPTE, R., «Prevalencia del derecho a la ejecución en sus propios términos con respecto a los posibles límites en cuanto a la tipología de medidas ejecutivas y a la duración de la ejecución», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núms. 3-4, 2008, págs. 259 a 261.

En principio, la ejecución únicamente se realiza legítimamente en la esfera jurídica del deudor según el título<sup>183</sup>; sin embargo, a diferencia del proceso de declaración en el que es posible deslindar de modo ideal las esferas jurídicas de los distintos sujetos (los que en intervienen en el proceso y los que no lo hacen), en el proceso de ejecución el tribunal entra en contacto con la esfera jurídica del deudor tal como ésta se manifiesta en la realidad, es decir, con frecuencia en inextricablemente vínculo con bienes, derechos e intereses pertenecientes a las esferas jurídicas de otros sujetos que no figuran en el título. Determinar la medida en que dichas esferas jurídicas han de ser excluidas de la ejecución o pueden quedar sometidas a la misma es también función del proceso de ejecución, a riesgo, de no hacerlo así, de dejar sin eficacia la ejecución y aun fomentar toda suerte de fraude y abuso de derecho, remitiendo al acreedor a inacabables procesos ulteriores. Por consiguiente, esferas jurídicas de sujetos no deudores pueden quedar sometidas a la satisfacción del acreedor, ampliándose (aunque normalmente sólo con relación a bienes determinados) la responsabilidad que el proceso de ejecución actúa.

La extensión de responsabilidad queda, a veces, establecida expresamente por la Ley (apartados 2 a 4 del art. 538 LEC; artículos 540 a 544 LEC)<sup>184</sup>. En otras ocasiones, la LEC prevé el desarrollo de un incidente procesal para determinar dicha extensión de responsabilidad como es el caso de los regulados en los arts.661.2, 675.2 y 704.2 LEC<sup>185</sup>; se trata de incidentes para autorizar la

---

<sup>183</sup> Según el art. 538.2.1.ª LEC «[...] sólo podrá despacharse ejecución frente a los siguientes sujetos: 1.º Quien aparezca como deudor en el mismo título.[...]».

<sup>184</sup> Con toda claridad, ya el propio art. 538.2 establece en su regla segunda que «[...] podrá despacharse ejecución frente [...] Quien, sin figurar como deudor en el título ejecutivo, responda personalmente de la deuda por disposición legal o en virtud de afianzamiento acreditado mediante documento público». Y en la tercera «Quien, sin figurar como deudor en el título ejecutivo, resulte ser propietario de los bienes especialmente afectos al pago de la deuda en cuya virtud se procede, siempre que tal afección derive de la Ley o se acredite mediante documento fehaciente. La ejecución se concretará, respecto de estas personas, a los bienes especialmente afectos». Debe, además, notarse como este apartado segundo del artículo 538.2 comienza con una salvedad: «Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 540 a 544 [...]» que contienen casos específicos de sujeción a la ejecución de sujetos que no figuran en el título ejecutivo: art. 540 «Ejecutante y ejecutado en casos de sucesión»; art. 541 «Ejecución en bienes gananciales»; art. 542 «Ejecución frente al deudor solidario».

<sup>185</sup> También el art. 540.3 LEC contiene un incidente declarativo para determinar el carácter de causahabiente del demandado que no figura en el título Cuando tal circunstancia no conste en documentos fehacientes suficientes para ello. El art. 17.2 LEC contempla también un



intervención de los ocupantes de inmuebles que tengan la condición de terceros respecto del proceso de ejecución para la entrega de dicho bien, permitiendo al tribunal determinar si tales terceros deben quedar o no sometidos a la actividad ejecutiva de lanzamiento (sea la actual y ya en curso —cuando el incidente lo es de una ejecución no dineraria para la entrega de un inmueble: art. 704.2 LEC—, sea la que pueda derivarse en el futuro del proceso de ejecución dineraria —procedimiento de apremio— en la que ha surgido el incidente: arts. 661 y 675.2 LEC); es decir, son incidentes para determinar si a tales terceros ocupantes se debe extender la condición de sujeto pasivo del proceso de ejecución en que tenga lugar el lanzamiento (revelándose el incidente como una modalidad de intervención procesal) o bien deben quedar liberados de la misma (en cuyo caso el incidente se manifiesta como una institución similar a la tercería).

En ocasiones, el criterio determinante de la extensión o no a terceros de la responsabilidad actuada estará relacionado con la incorporación del bien objeto material de la ejecución (el bien que individualiza la responsabilidad en un supuesto determinado) a la esfera jurídica del tercero, considerándose para ello diferentes aspectos de la incorporación realizada. Son aspectos considerados por el legislador o por el juez las diferentes razones o causas jurídico-materiales de tal incorporación (sucesión *inter-vivos* o *mortis causa*<sup>186</sup>, mediante una relación jurídica real —art. 538. 2. 3ª LEC<sup>187</sup>— u obligacional<sup>188</sup>, con especial relevancia, en este último caso,

---

incidente —a instancia del demandante— para la intervención del adquirente *inter-vivos*.

<sup>186</sup> Según el art. 540.1 LEC (*ejecutante y ejecutado en casos de sucesión*) «La ejecución podrá despacharse a favor de quien acredite ser sucesor del que figure como ejecutante en el título ejecutivo y frente al que se acredite que es el sucesor de quien en dicho título aparezca como ejecutado». Para la sucesión pendiente el juicio de ejecución el art. 16 LEC (*sucesión procesal por muerte*) establece que «Cuando se transmita *mortis causa* lo que sea objeto del juicio, la persona o personas que sucedan al causante podrán continuar ocupando en dicho juicio la misma posición que éste, a todos los efectos». Vid. art. 17 para transmisión *inter vivos* del objeto litigioso pendiente el juicio. Según FERNÁNDEZ BALLESTEROS, la exigencia de responsabilidad a los causahabientes se basa en razones «[...] de economía y eficacia» que explican «[...] que la sentencia de condena ganada frente al deudor sea ejecutada frente a sus causahabientes sin necesidad de que el acreedor tenga que obtener frente a ellos un nuevo título ejecutivo (que sólo sería posible mediante otro proceso de declaración)» (Fernández-Ballesteros López, Miguel Ángel *El proceso de ejecución*, s. e., Barcelona, 1982, pág. 105).

<sup>187</sup> «Quien, sin figurar como deudor en el título ejecutivo, resulte ser propietario de los bienes especialmente afectos al pago de la deuda en cuya virtud se procede, siempre que tal

de los contratos celebrados al amparo de leyes tuitivas —contratos de arrendamiento de naturaleza común o especial, urbana y rústica—<sup>189</sup>); el momento temporal en que se produce la incorporación del bien al patrimonio ajeno (con anterioridad o con posterioridad al surgimiento del derecho que incorpora el título ejecutivo<sup>190</sup>); la publicidad formal(constancia registral) que haya recibido tal incorporación patrimonial o la deuda<sup>191</sup>; así como los vínculos personales o contractuales del

---

afección derive de la Ley o se acredite mediante documento fehaciente. La ejecución se concretará respecto de estas personas, a los bienes especialmente afectos».

<sup>188</sup> Soportándose un derecho o situación jurídica (v. gr. arrendamiento, la posesión del *precario accipiens*) en la existencia de otro (v. gr. propiedad, posesión del *precario dans*) la extinción del segundo supone la pérdida del primero (regla «*resoluto iure dantis resolvitur ius concessum*»). De acuerdo con este principio, tanto la sentencia que determina la pérdida del derecho de propiedad sobre el inmueble como la venta judicial del mismo mediante subasta (u otro medio alternativo) suponen la extinción del derecho de arrendamiento (venta quita renta: art. 1571 CC).

<sup>189</sup> La naturaleza especial, urbana o rústica, del arrendamiento concertado sobre el inmueble enajenado mediante subasta determina que entren en juego reglas tuitivas garantizando al ocupante la duración mínima del arrendamiento aunque hubiera sido concertado con posterioridad al derecho que se ejecuta (vid. arts. 13 y 14 LAU; art. 22 LAR).

<sup>190</sup> La adquisición de bienes con posterioridad a la hipoteca o al embargo (e incluso su adquisición anterior pero con registro posterior) determinan la atribución de la condición de «tercer poseedor» y con ella de la responsabilidad que contrajo el transmitente con cargo a dicho bien (arts. 538.2.3.º y 3; 685.1 y 662.1 LEC). Según el primero de ellos se permite dirigir la ejecución a «sujetos frente a los que no se ha despachado ejecución pero sean titulares de bienes afectos al cumplimiento de la obligación por la que se proceda» habilitándoles a usar de los medios de defensa atribuidos a las partes. Según el segundo artículo citado la ejecución puede despacharse directamente «frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que [...] hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes». A estos efectos es tercer poseedor todo adquirente del bien hipotecado cuyo título no consta registralmente con anterioridad a la hipoteca. El tercero de los artículos citados atribuye al tercer poseedor el derecho a participar en el proceso de ejecución en los términos que se derivan de dicho artículo y de otros concordantes. A efectos de este artículo tercer poseedor es adquirente un bien inmueble «[...] antes de que se venda o adjudique en la ejecución [...] y después de haberse anotado su embargo o consignado registralmente el comienzo del procedimiento de apremio». Para FERNÁNDEZ BALLESTEROS «[...] Se produce en estos casos una extensión *ex lege* de la responsabilidad a personas hasta entonces ajenas al proceso de ejecución que tiene su origen en una afección (judicial o convencional) recaída con anterioridad sobre esos bienes. Porque se trata de una extensión de responsabilidad a persona que sólo puede realizarse cuando la Ley lo autorice de modo expreso y esto ocurre en dos casos: a) Cuando los bienes de que el ejecutado es propietario han sido gravados con anterioridad por una hipoteca. b) Cuando se ha practicado sobre los bienes y antes de su transmisión, una anotación preventiva de embargo (art. 38 IV y V y 134 LH)» (págs. 217 y 218).

<sup>191</sup> De ahí que el tercer poseedor del bien hipotecado, aun disponiendo de un título de fecha anterior a la hipoteca quedará sometido a la ejecución por no hallarse inscrito su derecho en el momento de la constitución de aquélla. El arrendatario no podrá oponer su derecho a ocupar el inmueble más de cinco años si no ha inscrito su título con anterioridad al derecho del ejecutante (hipoteca, embargo, etc: art. 13 LAU) y, en cambio, el ejecutante ha

tercero beneficiario con el ejecutado (admitiéndose, en determinados supuestos, una cierta comunicación de responsabilidad del deudor hacia esferas jurídicas compartidas)<sup>192</sup>.

Cuando la LEC alude a las razones jurídicas que justifican la extensión de responsabilidad a terceros, lo hace en ocasiones señalando expresamente aquellos concretos vínculos jurídicos y circunstancias que permiten dicha extensión: es el caso de los arts. 538 a 541 LEC y también del 704.1 LEC cuando alude a las «personas que dependen del ejecutado» (y que con él comparten la utilización del inmueble) para establecer que frente a ellas resulta innecesario el desarrollo del incidente contradictorio que regula, es decir, que frente a ellas se extiende la ejecución en todo caso. En otras ocasiones la referencia a las causas de extensión se formula de forma negativa y genérica, señalando la extensión de responsabilidad y la sujeción a la ejecución frente a todo aquél que no aporte razones jurídicas suficientes para impedirlo: por ejemplo, la carencia de «título suficiente» para permanecer en el inmueble (como causa, para quedar inmunes a la ejecución) a que aluden los arts. 661.2, 675 y 704 LEC y que debe ser determinada mediante el incidente declarativo correspondiente al que hemos hecho referencia.

#### 9.º Sumisión a la ejecución de los terceros no responsables

Otra manifestación de la garantía de eficacia, que la tutela ejecutiva asume de modo tan intenso a como venimos exponiendo, es el sometimiento a la misma de terceros no sujetos inicialmente a la responsabilidad que se actúa (ni la directa que procede de figurar *nominatim* en el título ejecutivo ni la derivada de la extensión de

---

inscrito el suyo y goza de buena fe (arts. 14, 29 LAU, 22 LAR). De modo más general, el principio de prioridad de lo inscrito frente a lo no inscrito (art. 32 LH) y el de fe pública (art. 34 LH) tienen gran relevancia en esta materia.

<sup>192</sup> Es lo que ocurre en el caso de la ejecución dirigida sobre bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales y, por tanto, copropiedad del cónyuge del ejecutado, a partir de la ganancialidad de la deuda contraída por el ejecutado (art. 541 LEC: «Ejecución en bienes gananciales»). Asimismo, en supuestos en los que contractualmente se asume la posición responsable: afianzamiento (art. 538.2.2.º). En cierto sentido, es también el caso de la extensión de responsabilidad a sujetos que comparten con el ejecutado la ocupación del inmueble en razón de su dependencia o subordinación (art. 704 apartados 1 y 2 LEC). Vid. infra, parte 2, cap. 2.

responsabilidad a la que acabamos de hacer referencia en el apartado anterior). En efecto, quienes fueren ajenos a la responsabilidad que se exige con el proceso de ejecución tienen, todavía, un deber público de contribuir a su eficaz desenvolvimiento. A tales terceros no sólo les está prohibido interferir en la eficacia de la ejecución sino que están obligados a «prestar la colaboración requerida por éstos [los tribunales] en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto» (art. 118 CE). Aun cuando esta obligación de colaboración y de no interferencia es aplicable a todo proceso (y no sólo al de ejecución) es en éste donde adquiere pleno relieve pues, como hemos señalado, en el proceso de ejecución no se pueden deslindar de modo ideal las esferas jurídicas de los sujetos como sí ocurre en el proceso de declaración.

La obligación impuesta por la Constitución en el art. 118 ha sido reiterada en el 17.1 de la LOPJ («Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar, en la forma que la Ley establezca, la colaboración requerida por los jueces y tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, con las excepciones que establezcan la Constitución y las Leyes, y sin perjuicio del resarcimiento de los gastos y del abono de las remuneraciones debidas que procedan conforme a la Ley»).

#### 10.º Actuación en plazo razonable

La necesidad de que la satisfacción jurídica postulada ante los Tribunales se desarrolle en un plazo razonable es una exigencia más para garantizar la efectividad de la tutela postulada. Con razón se ha dicho que una tutela otorgada tardíamente no es verdadera tutela. La duración razonable del proceso de ejecución está amparada expresamente tanto por el art. 24.2 CE como por el art. 6.1 del CEDH<sup>193</sup>. El TEDH ha establecido que para medir la duración del proceso y determinar, en consecuencia, el carácter razonable de tal duración, la actividad de ejecución debe

---

<sup>193</sup> Que un retraso en las medidas de ejecución vulnera el derecho de tutela ha sido reconocido por las SSTC 26/83, de 13 de abril; 67/1984, de 7 de junio; 155/1985, de 12 de noviembre; 28/1989, de 6 de febrero; 149/1989, de 22 de septiembre; 313/1993, de 25 de octubre; 33/1997, de 24 de febrero; 78/1998, de 31 de marzo; 32/199, de 8 de marzo; 160/1999, de 14 de septiembre, entre otras muchas.

considerarse parte integrante del proceso declarativo precedente, esto es, una fase del mismo. Esto no significa que el TEDH se decante por la naturaleza procesal de la ejecución pues el TEDH no exige que toda ejecución tenga que cumplir las garantías propias de la actividad jurisdiccional<sup>194</sup> y admite con normalidad que la

---

<sup>194</sup> En este sentido, en la STEDH de 23 de marzo de 1994 (*caso Silva Pontes c. Portugal*, supuesto de indemnización por accidente de tráfico cuya cuantificación se había dejado para la fase de ejecución) el Tribunal estima que a los efectos de valorar la dilación indebida en vulneración del derecho previsto en el art. 6 del CEDH, el *dies ad quem* para entender finalizado el proceso es el de su efectiva ejecución, sin que se puedan considerar (como pretendía el Gobierno portugués) dos procesos diferentes cuya duración no debe sumarse. El tribunal afirma que no le corresponde «manifestarse en el debate doctrinal relativo a si en la legislación portuguesa los procedimientos de ejecución son autónomos» (§ 29), pero afirma que «si la ley nacional de un estado establece un procedimiento que consta de dos fases (una en la que el tribunal establece la obligación de pago y otra en la que fija la cantidad debida) es razonable considerar que, a los efectos del artículo 6 apartado 1 (art. 6.1), un derecho no está “determinado” hasta que su cantidad ha sido establecida. La determinación de un derecho comprende no sólo la decisión sobre la existencia de tal derecho, sino también su alcance o la manera en que puede ejercitarse (vid. entre otras, el caso *Pudas c. Suecia*, sentencia de 27 de octubre de 1987, § 3) lo que, evidentemente, incluye el cálculo de la cantidad debida» (§ 30, la cursiva es nuestra); en la STEDH de 26 de septiembre de 1996 (*caso di Pede c. Italia*; supuesto de ejecución de una sentencia dictada en proceso civil condenando a la demolición de un de un edificio por no haber respetado las distancias mínimas) se discute si declaración y ejecución constituyen un único procedimiento a efectos del cómputo de dilaciones indebidas; para establecer la diferencia entre los dos procedimientos el Gobierno italiano daba tres argumentos: que la ejecución no siempre procedía de un proceso declarativo previo, que las partes del procedimiento de ejecución podían ser distintas de las partes del proceso declarativo y que ambos procesos podían ser concurrentes como en el caso una ejecución provisional de sentencia (§ 20); el TEDH, con cita del *caso Silva Pontes c. Portugal*, concluye «[...] que no tiene que pronunciarse en el debate doctrinal relativo a si bajo las leyes italianas los procedimientos de ejecución de sentencias son autónomos; es con referencia al Convenio y no sobre la base del derecho nacional que el Tribunal debe decidir si, y en tal caso cuando, el derecho afirmado por el Sr. Di Pede el 14 de julio de 1978 se hizo efectivo. Es ese momento el que constituye la “decisión” de un litigio sobre un derecho de carácter civil y, por tanto, una resolución definitiva con el sentido del art. 26» (§ 22); por ello, «el Tribunal considera que los procedimientos de ejecución deben ser considerados una segunda fase de los procedimientos [declarativos] que empezaron el 14 de julio de 1978» (§ 24); en la STEDH de 26 de septiembre de 1996 (*caso Zappia c. Italia*; supuesto de ejecución forzosa para el cobro de una deuda) se discute de nuevo si el procedimiento de ejecución forzosa es una segunda fase del proceso declarativo; el gobierno italiano utiliza los mismos argumentos que en el caso anterior y afirma que se trata de una instancia nueva e independiente; el Tribunal manifiesta nuevamente «que no tiene por qué zanjar la controversia doctrinal relativa al problema sobre la autonomía del procedimiento de ejecución en derecho italiano; es bajo el prisma de la Convención y no del derecho nacional en donde le corresponde apreciar si el derecho reivindicado el 27 de julio de 1963 por los Sres. Zappia (§ 7) ha encontrado su realización efectiva. Es en ese momento en el que existe una resolución sobre un derecho de carácter civil puesto que se trata de la resolución definitiva en el sentido del art. 26» (§ 18), afirmando que, a los efectos de la duración del proceso, debe ser considerada una segunda fase del proceso ya iniciado con la actividad declarativa (§ 20); en la STEDH de 23 de septiembre de 1997, (*caso Robins c. Reino Unido*) se afirma que todas las fases de los procedimientos judiciales encaminados a resolver los «litigios sobre los derechos y obligaciones de carácter civil» deben concluir en un plazo razonable, sin que se puedan exceptuar de ellas las actividades posteriores a las decisiones sobre el fondo.

ejecución se desenvuelva, al menos en parte, en la esfera administrativa<sup>195</sup>.

<sup>195</sup> En la STEDH de 28 de septiembre de 1995 (*caso Scollo c. Italia*; supuesto de ejecución de una orden de entrega de la posesión decretada por un Tribunal al finalizar el plazo del arriendo) se discutía si la actividad de entrega posesoria (que el gobierno italiano consideraba de naturaleza al menos parcialmente administrativa) era un proceso en el sentido del art. 6 del CEDH a los solos efectos de valorar la existencia de dilaciones indebidas prohibidas por dicho artículo; el Tribunal afirma que aun cuando no pudiera hablarse estrictamente de procedimientos de ejecución forzosa «el artículo 6.1 es aplicable, teniendo en cuenta el propósito del procedimiento [aun no siendo plenamente judicial], que era el de resolver la disputa entre el demandante y su inquilino» (§ 44) por lo que el cómputo de tiempo para entender producida la dilación indebida se extiende hasta el momento de hacerse efectivo el lanzamiento; en la misma línea la STEDH de 28 julio de 1999 (*caso Saffi c. Italia*, citado) en la que el tribunal analizaba si el retraso en la ejecución de la orden de entrega de la posesión obtenida judicialmente (por diversos motivos, entre ellos, el mecanismo de escalonamiento de la ejecución en función de la posibilidad de disponer de asistencia policial) había vulnerado el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas teniendo en cuenta la dimensión administrativa de este tipo de ejecuciones de entrega de inmuebles (*rilascio*); el Gobierno italiano sostenía que el escalonamiento de la asistencia policial no formaba parte del proceso judicial de ejecución forzosa de los mandamientos de puesta en posesión por cuanto la intervención policial era un asunto administrativo, enteramente separado e independiente del proceso judicial; asimismo, el gobierno ponía énfasis en que tal actividad no estaba en manos del tribunal sino de autoridades administrativas responsables de mantener el orden público; por consiguiente, concluía que la fase administrativa no podía, bajo ninguna circunstancia, considerarse dentro del ámbito de aplicación del art. 6 (§ 62); el TEDH considera, en cambio, que «el derecho a un tribunal como garantía del art. 6 también protege la implementación de las resoluciones definitivas y vinculantes, las cuales, en estados que han aceptado el imperio de la ley, no pueden quedar inoperantes en detrimento de una de las partes (vid. *mutatis mutandis*, *Hornsby c. Grecia*, cit. supra, § 40). En consecuencia, la ejecución de una decisión judicial no puede ser dilatada indebidamente» (§ 66); en la STEDH de 19 de marzo de 1997 (*caso Hornsby c. Grecia*; citada), el gobierno griego entiende que el concepto de juicio a que alude el art. 6 del CEDH debe interpretarse en sentido literal y no puede extenderse a actividades que no conciernen a las autoridades no judiciales, por tanto, el retraso de las autoridades administrativas en el cumplimiento de la sentencia es algo muy distinto del establecimiento por los tribunales de los derechos contenidos en dicha sentencia; por el contrario, el TEDH entiende que «el artículo 6, apartado 1 (art. 6.1) asegura a toda persona el derecho a llevar sus reclamaciones relativas a sus derechos civiles y obligaciones ante un tribunal [...] Sin embargo, ese derecho sería ilusorio si el sistema legal de un estado contratante permitiera que una decisión judicial final y vinculante quedara sin efecto [...] La ejecución de una sentencia dada por cualquier tribunal debe, por consiguiente, ser considerada parte integrante del “juicio” a los propósitos del artículo 6; es más, el Tribunal ya ha aceptado este principio en casos concernientes a la duración de los procedimientos (ver, entre las más recientes, *Di Pede c. Italia*, *Zappia c. Italia*)» (§ 40). En efecto, según el TEDH el CEDH ha respetado la existencia de la ejecución forzosa jurisdiccional o administrativa según los distintos sistemas jurídicos. Lo que considera exigible es la existencia de un mecanismo de ejecución (como hemos señalado para considerar cumplida la exigencia del art. 6.1 del Convenio) y que la duración de ésta, sumada a la del proceso declarativo precedente sea razonable, lo que exige (dado que los términos del art. 6.1 CEDH refieren la duración razonable al «proceso») que la ejecución sea tenida a estos efectos como una fase del proceso. En la STEDH de 11 de enero de 2007 (*caso Kunic c. Croacia*; supuesto en que se discutía si se había superado el plazo razonable que para el proceso justo establece el art. 6.1 del CEDH hasta la puesta en posesión de sus bienes, un restaurante, al demandante) el TEDH afirma que «cuando la legislación nacional exige agotar procedimientos administrativos previos antes de recurrir a un tribunal, los procedimientos previos ante las autoridades administrativas han de ser incluidos para calcular la totalidad de la

Las deficiencias estructurales (por defecto de organización o de recursos) del sistema de ejecución no justifican los retrasos ni siquiera cuando tales deficiencias se manifiestan frente a la gran afluencia de asuntos y consiguiente incremento de la carga de trabajo<sup>196</sup>.

### **3. Las garantías de acierto en el proceso de ejecución**

#### *3.1. Exigencia de garantías de acierto y eficacia en todo proceso*

Las peculiaridades del proceso de ejecución hasta ahora reseñadas ponen de relieve su peculiar función como garante de la eficacia del orden jurídico y de los intereses que éste ampara. Sin embargo, ni el proceso de declaración es ajeno a dicha eficacia ni el proceso de ejecución lo es a las garantías de acierto en la aplicación del Derecho que con él se realiza.

##### *3.1.1. Las garantías de eficacia corresponden a toda manifestación jurisdiccional*

La eficacia del proceso de declaración actúa con independencia de la ejecución, aunque en los procesos declarativos de condena pueda ser completada o desarrollada por la posterior actividad ejecutiva. La eficacia que resulta atribuible exclusivamente a la tutela declarativa se pone muy claramente de manifiesto en los supuestos de tutela mero declarativa (incluidas todas las sentencias absolutorias) y en los de tutela constitutiva pues en ninguno de estos casos las sentencias recaídas son susceptibles de ejecución (art. 521 LEC) sin que por ello pueda negarse que otorgan una tutela eficaz. Tampoco las sentencias de condena carecen de eficacia por sí mismas, al margen de su eventual ejecución forzosa. La certeza, autoridad y estabilidad o permanencia que se derivan de toda sentencia (sobre todo cuando, siendo firme, produce efecto de cosa juzgada), son, *per se*, garantías de una tutela

---

duración de los procedimientos a los efectos del art. 6 del Convenio» (§ 51); vid. también STEDH de 24 de marzo de 2005 (*caso Kirjchian c. Bulgaria*, § 51).

<sup>196</sup> SSTC 26/1983, de 13 de abril; 223/1988, de 24 de noviembre; 50/1989, de 21 de julio; 81/1989, de 8 de mayo; 85/1990, de 5 de mayo; 7/1995, de 10 de enero; 180/1996, de 16 de noviembre; 198/1999, de 25 de octubre; 153/2005, de 6 de junio; 93/2008, de 21 de julio, entre otras muchas. Vid. RODÉS MATEU, Adrià, «Las deficiencias en la organización de la Administración de Justicia y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, 2009, *pássim*, de quien hemos tomado las citas jurisprudenciales (pág. 766 y nota 23).

eficaz al generar nuevos estados de certidumbre y constricción del obligado como demuestran los numerosos casos de cumplimiento voluntario. No puede negarse, sin embargo, que existe un vínculo entre la eficacia del proceso declarativo de condena, a través de los efectos de la sentencia que le pone fin, y la ejecución de la misma. La eficacia que respecto al orden jurídico amparado por las normas y a los intereses que éste reconoce proporciona la ejecución es culminación o desarrollo de la tutela que ya se obtuvo de forma embrionaria con dicha sentencia; materialización de la autoridad que dicha sentencia ya ofrecía en forma de ejecutividad.

Como hemos señalado antes, la eficacia que constitucionalmente es exigible de la tutela jurisdiccional explica<sup>197</sup> que a la sentencia (como instrumento de la tutela declarativa) se le atribuya valor de título ejecutivo, fundamento del derecho a un despacho de ejecución que culmina con la tutela ejecutiva: se trata de la continuidad de una función de garantía de la eficacia del orden jurídico (la jurisdicción) que se desarrolla conjuntamente a través de ambos procesos y no de una división nítida de funciones en la que al proceso declarativo correspondiese únicamente la garantía de acierto en la resolución de cuestiones litigiosas (de hecho o de derecho) y al de ejecución únicamente la de dotar de eficacia a las resoluciones adoptadas.

### *3.1.2. Insuficiencia de la garantía de eficacia en el proceso de ejecución*

Los rasgos distintivos de la ejecución forzosa que hemos expuesto en el primer apartado de este capítulo y la aportación que de los mismos se derivan al servicio de la eficacia de la tutela jurídica no son, por sí solos, suficientes para considerar la ejecución como una manifestación acabada o completa de la jurisdicción y, como tal, como un verdadero proceso<sup>198</sup>. De ser la eficacia la única función de la actividad

---

<sup>197</sup> Sobre esta exigencia derivada del proceso declarativo precedente ha construido el Tribunal Constitucional (al menos en gran parte) el vínculo del proceso de ejecución con la tutela efectiva que garantiza el art. 24 CE. Argumento que, malinterpretado o exagerado en su dimensión, puede reducir el alcance de la garantía que este proceso debe representar para la realización justa del Ordenamiento jurídico, la materialización del orden que prescribe y la satisfacción de los intereses que ampara. De ello nos ocuparemos en la sección siguiente de este capítulo.

<sup>198</sup> A conclusiones distintas se llega cuando se magnifica el principio de eficacia hasta el punto de considerarlo el principio rector exclusivo del proceso de ejecución. PEREZ DEL BLANCO afirma que «el proceso de ejecución no dineraria configurado por la LEC tiene *como única finalidad* la eficacia de las resoluciones de condena, *por encima de cualquier otro principio* que pudiese suponer



judicial de ejecución, la independencia del tribunal se revelaría como un rasgo prescindible pues el tribunal intervendría como una especie de instrumento o colaborador del acreedor provisto de título y, por lo tanto, como órgano estatal al servicio de una de las partes, es decir, como un sujeto parcial; en tal caso, la eficacia del derecho perseguido podría ser alcanzada igualmente (y aun con mayor economía) mediante la actuación de otro poder estatal, concretamente el poder ejecutivo a través de la Administración Pública. Dicho de otro modo: si la ejecución debe consistir únicamente en el empleo de la sustitución y de la coerción sobre la esfera jurídica del deudor para proporcionar al acreedor una satisfacción a partir de la certeza fundada en un título ejecutivo, quedará en entredicho que nos hallemos todavía ante la función distintiva del Estado que denominamos función jurisdiccional y en la que, sin embargo, nuestra Constitución sitúa indudablemente la actividad de ejecución (art. 117.3 CE).

Las garantías de acierto en la realización del orden jurídico mencionadas en el capítulo anterior (concretadas, sintéticamente, en la imparcialidad de un tercero que resuelva el conflicto —principio de imparcialidad—, la naturaleza litigiosa o conflictiva del objeto que ante él se presenta —principio conflictividad—, la imprescindible cognición del tribunal sobre dicho objeto garantizando la audiencia bilateral de las partes enfrentadas —principio de audiencia bilateral—) han sido elementos imprescindibles de la configuración histórica de una específica función jurídica (la jurisdicción) asumida por el Estado y encomendada a los tribunales. En nuestra opinión, sólo si se acredita que para el desarrollo de la ejecución forzosa son también necesarias las garantías construidas históricamente para la acertada cognición y consiguiente aplicación justa de las normas podremos seguir hablando con propiedad de la ejecución forzosa como actividad «materialmente jurisdiccional» desarrollada a través de un proceso de esta naturaleza (un proceso verdaderamente jurisdiccional o, sin más, un verdadero proceso).

---

la disminución de las posibilidades de alcanzar la ejecución de las condenas» (Pérez del Blanco, Gilberto, *La ejecución no dineraria en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Universidad de León, 2001, págs. 11 y 12; la cursiva es nuestra); según CARBALLO PIÑEIRO «el estudio del *processus iudicii* debe hacerse hoy en día desde una perspectiva esencial, la de la eficacia. La necesidad de la tutela judicial efectiva obliga al estudioso del derecho a abordar cualquier tema de investigación desde esta particular óptica» (Carballo Piñeiro, Laura, *Ejecución de condenas de dar*, J.M. Bosch, Barcelona, 2001, pág. 13).

Por el contrario, de no ser necesarias tales garantías para la ejecución forzosa no estaríamos propiamente ante la institución jurídica que conocemos como proceso ni, ante la función jurisdiccional; en este caso, la presencia del tribunal y su función genérica de aplicación coercitiva del derecho (función compartida, nótese bien, con otras manifestaciones jurídicas, como las diversas modalidades de actuación administrativa) nos permitirían seguir hablando del «proceso de ejecución» sólo en un sentido formal, es decir, como producto de una cierta inercia conceptual —e histórica— pero sin significado técnico (distintivo) frente a otras manifestaciones jurídicas.

Ante el anterior dilema se han sostenido dos diferentes perspectivas respecto a la naturaleza de la ejecución forzosa: la que asume una radical diferenciación funcional entre la ejecución forzosa y los procesos declarativos y la que sostiene su identidad funcional. La primera perspectiva afirma que el objeto de la ejecución es una cuestión jurídica que, merced al título ejecutivo, no es ya (si el título es el resultado de una cognición judicial o arbitral previa) o no es todavía (si la posibilidad de conocimiento se reserva para un proceso posterior) conflictiva o litigiosa (entendido este término en un sentido cognoscitivo) y, por consiguiente, no precisa de una actividad jurisdiccional intelectual de cognición y resolución ni tampoco, para garantizar su acierto, de la imparcialidad de quien la resuelve o de la audiencia bilateral de quienes se pueden ver favorecidos o perjudicados por el sentido de tal resolución. Desde esta perspectiva, sólo se puede llegar a la conclusión de que el encuadramiento de la ejecución en la jurisdicción obedece a razones no sustanciales, es decir, a razones de mera conveniencia o, incluso, de mera inercia conceptual y tradición histórica. Tal parece ser la opinión que se trasluce cuando se afirma el carácter «jurisdiccional por conexión» de la ejecución, cuando se afirma que «la contradicción repugna a la ejecución» o cuando se admite, sin ulteriores matices, la consagración en el proceso de ejecución de la «desigualdad de partes»<sup>199</sup>. Tal concepción se trasluce, igualmente, cuando se sostiene la

---

<sup>199</sup> Señala PRIETO CASTRO que, en el proceso de ejecución, «no rige el principio de controversia, que en el proceso declarativo tiene vigencia (también con la denominación de “dualidad de partes”). En el proceso de ejecución no existen “partes” en el sentido propio del proceso declarativo, sino, como dijimos antes, más bien un sujeto activo peticionario de la ejecución (“acreedor” o “ejecutante”), y un sujeto “sometido” a ella (“deudor”)» (Prieto-Castro, Leonardo, *Tratado de Derecho procesal civil*, Aranzadi, Pamplona, 1982, pág. 663).

posibilidad de atribuir el protagonismo en la ejecución a sujetos ajenos al poder judicial (procuradores, miembros de las fuerzas de seguridad del Estado, etc.). Asimismo, la noción que discutimos se trasluce (aunque de una forma más débil) cuando se postula la reducción al máximo del margen de decisión del tribunal ejecutor o se pretenden eliminar (o posponer a los momentos finales del proceso) las oportunidades de contradicción y de oposición de las partes por la vía indirecta de acelerar desproporcionadamente la rapidez de la ejecución (como hacen las recientes reformas en materia de ejecución forzosa de la sentencia de desahucio (leyes 19/2003, de 23 de diciembre, 23/2003, de 10 de julio; 19/2009, de 23 de noviembre y 37/2011, de 10 de octubre).

La segunda concepción de la ejecución forzosa considera que para poder calificarla como verdadero proceso y auténtica manifestación de la jurisdicción es exigible la presencia en su desarrollo (sin perjuicio de las peculiaridades propias de este tipo de proceso) de aquellas las garantías que han configurado históricamente la institución del proceso<sup>200</sup>. Esta es la postura que por nuestra parte adoptamos al comprobar que también para la ejecución persiste la razón de ser de todo proceso, consistente no sólo (ni siempre) en la existencia de una resistencia volitiva al cumplimiento del título por parte de quien no tiene razón (conflicto de voluntades),

---

<sup>200</sup> En este sentido, MONTERO AROCA Y FLORS MATÍES afirman que «tiene que resultar evidente que lo sostenido por la doctrina durante el último siglo se ha basado en un claro error. Si no puede existir el proceso sin contradicción, la misma no puede referirse sólo al de declaración, debiendo comprenderse también el proceso de declaración [sic. debería decir “de ejecución”]» (Montero Aroca, Juan; Flors Matíes, José, *Tratado del proceso de ejecución civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 396). MONTERO también ha afirmado que «la concepción de la ejecución como un propio y verdadero proceso presupone el desarrollo de una actividad procesal por dos partes parciales ante un órgano jurisdiccional con titular imparcial, y que dicha actividad ha de realizarse necesariamente en régimen de igualdad y de contradicción efectivas» (pág. 605). Ya antes, CARRERAS había afirmado, con relación al procedimiento de apremio, que «se prescinde y olvida [el hecho] de que entre la acción del acreedor y el patrimonio del deudor existen un proceso y un órgano imparcial, y de que la acción ejecutiva, aunque su ejercicio en ciertos casos sea preciso para poner en marcha el mecanismo de la ejecución, no puede estimarse coincidente ni siquiera análoga con el derecho subjetivo privado; afirmar lo contrario sería negar el carácter publicístico que la doctrina procesal reconoce unánimemente a todo proceso y en particular al proceso de ejecución [...] La ordenación positiva del proceso de ejecución español [en alusión a la LEC de 1881] adolece precisamente de esta falta de contemplación del proceso en su carácter público, y si de una parte se dejan sin protección los intereses del actor, también se olvidan a veces los intereses legítimos del ejecutado y de los terceros; importa repetir que el titular del órgano jurisdiccional no está al servicio del acreedor, y que debe rechazarse toda postura doctrinal que parte más o menos explícitamente de esta concepción» (Carreras Llansana, J., *El embargo de bienes*, J., 1957, cit., págs. 28 y 29).

que por sí sola únicamente requeriría de la fuerza coercitiva y la autoridad para imponer el cumplimiento forzoso del título ejecutivo (pero no de imparcialidad, de cognición ni de contradicción), sino también en la incertidumbre que acompaña a todo fenómeno jurídico de aplicación (el denominado conflicto cognoscitivo o gnoseológico —el *dubium*—) y que sí exige, para su resolución con plenas garantías de acierto, de la imparcialidad de quien ha de resolverlo (es decir, un tribunal) y de los medios adecuados para asegurar el acierto de su decisión: fundamentalmente, la consideración del objeto procesal como cuestión litigiosa y el mecanismo contradictorio que asegure la audiencia bilateral de aquellos sujetos cuyos intereses se dirimen, es decir, los elementos que distinguen el proceso respecto de otras formas de aplicación del derecho.

Para nosotros, esta segunda postura ha sido asumida por la actual LEC al regular en la sede legal de la ejecución forzosa instituciones adecuadas para ofrecer todas las garantías de acierto requeridas por la jurisdicción. Es, además, la exigida por nuestra Constitución, que ha situado sin ambigüedad la ejecución en el ámbito de la jurisdicción y, por consiguiente, ha exigido su desarrollo a través de un verdadero proceso (art. 117.3 CE: «en todo tipo de procesos») que no puede ser otro que el único existente: aquél dotado de «todas las garantías» (art. 24.2 CE)<sup>201</sup>.

Pese a todo, no puede ignorarse la conformidad de ambos modelos de ejecución con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, tal como lo ha interpretado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (de lo que nos ocuparemos en el capítulo siguiente); sin embargo, este hecho no permite desconocer que dentro del marco permitido por el CEDH el sistema español ha optado por atribuir naturaleza jurisdiccional a la ejecución y, por tanto, por configurarla como verdadero proceso de ejecución.

---

<sup>201</sup> En efecto, el art. 117.3 de la Constitución señala que el ejercicio de la potestad jurisdiccional se desarrollará a través del proceso no sólo para juzgar sino también para ejecutar (lo juzgado). Ahora bien, para la primera postura expuesta en este apartado, el proceso para ejecutar a que alude la Constitución nada tendría que ver con el dispuesto para juzgar: la jurisdicción residenciaría en el proceso declarativo las condiciones de acierto y justicia que requiere la aplicación del Derecho y en el proceso de ejecución sólo residenciaría la fuerza para imponer lo ya decidido. Se trataría de dos instituciones (procesos) sólo comparables superficial y externamente (o instrumentalmente, por su referencia a la actividad del tribunal) pero diferentes en su esencia.

### 3.2. Razón de ser de las garantías de acierto en el proceso de ejecución forzosa

#### 3.2.1. El objeto del proceso de ejecución como incertidumbre

Hemos considerado que la razón de ser o fundamento último que justifica el proceso, en cuanto institución al servicio de la jurisdicción, es la necesidad, ineludible desde un punto de vista epistemológico, de recorrer un *iter* cognitivo y volitivo entre la enunciación del derecho por las normas y su aplicación al caso concreto: su cumplimiento o realización<sup>202</sup>. Dicho *iter* requiere, en su aspecto cognitivo, superar la incertidumbre que genera el tránsito de la generalidad (nivel en que están formuladas mayoritariamente las normas) al ámbito de lo concreto en que la imperatividad de la norma se manifiesta y, en su caso, se aplica o cumple. En el plano volitivo el *iter* de aplicación normativa exige ajustar la voluntad de los destinatarios de la norma a las exigencias de ésta, de modo que las normas adquieran verdadero «valor normativo» (deontológico) y no meramente desiderativo, «meras declaraciones de intenciones», como dice el TC, motivando, de ser necesario, las conductas.

En el proceso de ejecución el título ejecutivo parecería haber ya resuelto (en el caso de las resoluciones judiciales o arbitrales) o haber postergado (en el caso de los restantes títulos) la solución del conflicto cognoscitivo generado por el tránsito de lo general a lo concreto. Lo debido según la norma aparecería ya concretado y documentado con presunción de certeza (en ciertos aspectos, *iuris et de iure*) y carácter vinculante. Sin embargo, la prescripción que contiene el título, aun cuando referida a una realidad concreta, todavía conserva un cierto grado de indeterminación y requiere tanto de actos de conocimiento como de su resolución mediante declaraciones.

---

<sup>202</sup> RAMOS MÉNDEZ ha denominado este *iter* el «*processus iudicii*» y lo considera un aspecto esencial del Derecho procesal pues a través del mismo es como éste satisface la función que se le encomienda. Por nuestra parte, reivindicamos la relevancia de este *processus iudicii* también para la ejecución aunque para ello el segundo término de la expresión debe concebirse en sentido amplio, como realización del derecho. El *processus iudicii* ejecutivo es, por otra parte, peculiar en cuanto el acto satisfactivo no se encuentra sólo al final del proceso sino que comienza una vez dictado el despacho de ejecución.

Una primera fuente de indeterminación procede de los propios límites cognoscitivos del título. La certeza que el título proporciona sobre la prestación debida, es sólo relativa; esto se debe a que el título sólo puede referirse a la realidad jurídica existente en el momento en que se genera y, en cambio, nada dice, porque no puede hacerlo, de los hechos posteriores a dicho momento: hechos extintivos o excluyentes de la efectividad de tal deber de prestación<sup>203</sup>. Por esa razón, con base en el título ejecutivo la ley sólo presume *iuris et de iure* el surgimiento del derecho que consagra, pero no presume (o al menos no lo hace de modo absoluto) su vigencia o eficacia, que sólo goza de presunción *iuris tantum*.

Como segundo ámbito conflictivo en el proceso de ejecución se deben mencionar las cuestiones relativas a la concurrencia de presupuestos procesales. En el proceso de ejecución, como en todo proceso, el derecho de acceso a la jurisdicción y al desarrollo del proceso queda amparado constitucionalmente con abstracción de su fundamento material (es decir, se tenga o el derecho material que se afirma); su ejercicio regular exige, sin embargo, la concurrencia de condiciones subjetivas, objetivas, temporales y formales (presupuestos y requisitos procesales) cuya ausencia puede determinar la finalización anticipada del proceso (inadmisión de la demanda declarativa *in limine litis*, denegación del despacho de ejecución, sobreseimiento del proceso declarativo una vez admitida la demanda, sobreseimiento de la ejecución una vez despachada) imposibilitando el pronunciamiento sobre el fondo (mediante sentencia en el caso del proceso declarativo) o la continuidad de la ejecución (su prosecución hasta la satisfacción del acreedor).

La tercera fuente de indeterminación, inherente a toda ejecución, proviene de la necesidad de interpretar el contenido o alcance del título para poder proceder a su ejecución. Es cierto que el título se refiere a una prestación debida entre sujetos

---

<sup>203</sup> FERNÁNDEZ-BALLESTEROS sostiene que «en el proceso de ejecución también se discute; y mucho: [...] ni es cierto que la actividad declarativa esté siempre ausente del proceso de ejecución ni mucho menos (como a veces se afirma) que repugne a su esencia. La regla “inaudita parte debitoris” se refiere, exclusivamente, al momento inicial de la ejecución; una vez despachada, el juez “necesita” de la actividad declarativa. Postular lo contrario equivaldría a obligar al Juez a que actuara a ciegas el mandato contenido en el título ejecutivo sin tener en cuenta las modificaciones que hayan podido producirse en el derecho material o los “errores” de muy diversa índole que el propio ejecutor haya podido cometer» (De la Oliva Santos, Andrés; Fernández-Ballesteros López, M. A., *Derecho Procesal Civil*, Vol. I, CERA, Madrid, 1995 (4.ª edición, primera de 1990), págs. 20 y 21).

concretos y reales en situaciones igualmente concretas y reales (no abstractas y genéricas como en era el caso de las normas generales) pero siendo la documentación (escrita) de un acto (o conjunto de actos y hechos jurídicos) expresivos de una voluntad tiene (como tal documento escrito) las limitaciones propias del lenguaje como expresión simbólica de la realidad: las dificultades derivadas de la relación entre significante (el documento como escrito) y significado (la voluntad que alude, a su vez, a una realidad). Por una parte, se trata de interpretar el sentido de lo que el título dice (la voluntad del autor del acto que refleja): el título alude, por ejemplo, al abandono de un inmueble, pero... ¿se incluirán determinados anexos no mencionados expresamente en el título pero quizá comprendidos en el mismo de forma indirecta?; o alude a la realización de una prestación de hacer, pero... ¿durante cuánto tiempo?, etc. Por otra parte, se trata de encontrar, para cada una de las afirmaciones del título, referentes precisos en la realidad (los referentes de la voluntad —del tribunal, de las partes autoras del título— una vez interpretada)<sup>204</sup>: el título, por ejemplo, puede referirse al deber de abandono de un inmueble concreto (identificado con una dirección) por una persona concreta e igualmente determinada, el deudor (identificado por su nombre y apellidos), sin embargo, cuando se procede a desarrollar la diligencia de lanzamiento, pueden aparecer discrepancias entre «lo concreto según el título» y la «realidad» a la que se refiere: por ejemplo, dificultades para localizar o delimitar sobre el terreno dicho inmueble (ha cambiado la numeración de las casas, han desaparecido linderos o tabiques...) o para acreditar que la identidad del ocupante corresponde al demandado (si el ocupante no

---

<sup>204</sup> CARNELUTTI explicaba con claridad esta realidad: «la adecuación del hecho al derecho y viceversa implican igualmente el juicio; se trata siempre de la confrontación del hecho con la hipótesis legal. Aun cuando con el fallo la *lex generalis* se convierta en *lex specialis*, ésta se resuelve invariablemente en una hipótesis, o sea, en una representación y por eso en un empobrecimiento del hecho. Cuando el fallo dice que Ticio es deudor de ciento frente a Cayo, aun cuando Ticio y Cayo ocupen el lugar del “quienquiera” característico de la *lex generalis*, éstas son palabras, o sea, conceptos y no hechos, y de esta manera un abstracto y no un concreto. El proceso de cognición, que hemos visto, reduce los hechos a palabras. Hace falta, después de esto, si no basta el proceso de cognición, reducir las palabras a hechos; una vez más el mecanismo que produce este milagro es el juicio. No sólo opera, pues, en el proceso de ejecución la potestad jurisdiccional, sino que opera propiamente del mismo modo; es necesario que el juez, *super partes*, lo mismo que ha dicho en el proceso de cognición: “este hecho corresponde a esta hipótesis”, diga así, en el proceso de ejecución: “a esta hipótesis corresponde este hecho”. El segundo juicio debe imponerse a las partes por la misma razón y del mismo modo con que se impone el primero; las partes están sujetas al uno y al otro en el sentido de que un juicio suyo diverso no tiene eficacia alguna» (Carnelutti, Francesco, *Derecho procesal civil y penal*, 1997 (1958), cit., págs. 183 y 184).

reconoce o no revela su identidad y ésta no puede constatarse de modo indubitado...). Esta tarea de determinación (que es, todavía, «aplicación del derecho») se desarrolla en varios niveles: es función de la orden general de ejecución (dictada mediante auto por el juez junto al despacho de ejecución) precisar, partiendo del título, el alcance personal y objetivo de la misma, pero será la actividad ulterior (desarrollada por el secretario a través de los decretos de concreción de medidas ejecutivas o por los funcionarios del juzgado en cumplimiento de los autos, decretos, diligencias y mandamientos que rigen su actuación) la que finalmente debe eliminar toda indeterminación. Para que la satisfacción sea plena, deben alterarse las esferas jurídicas de acreedor y deudor y este cambio exige proyectar lo que el título establece sobre dichas esferas, precisando, la parte de la esfera del deudor que debe ser afectada y la extensión con que debe serlo y discriminándola de otras esferas jurídicas ajenas (de terceros) que no deben quedar sometidas a la ejecución, etc.

La cuarta fuente de indeterminación en la actividad ejecutiva proviene de que los términos del título ejecutivo (y, basándose en éste, los términos de la orden general de ejecución) aluden únicamente a aquellos elementos que proporcionan satisfacción al acreedor (el bien mueble o inmueble, el hacer o no hacer, la cantidad de dinero...) pero no aluden (al menos no habitualmente o no siempre de modo preciso), a los medios concretos de ejecución (que son determinados por el secretario judicial mediante el decreto —o decretos— de concreción de medidas ejecutivas en el marco de la modalidad de ejecución correspondiente). La precisión de tales medios exige también resolver numerosas cuestiones jurídicas y fácticas no contempladas en el título ejecutivo (ni aun en la orden general de ejecución): por ejemplo, el título señala quien es el deudor y el valor de la deuda, pero nada dice de los bienes concretos de este deudor que deben ser embargados; la determinación de dichos bienes, su titularidad, su valor, su suficiencia para cubrir el importe de la deuda... son valoraciones y decisiones que (salvo acuerdos previos entre las partes) sólo pueden hacerse en fase de ejecución. Es decir, la inmisión sustitutiva y coercitiva del tribunal en la esfera jurídica del deudor para pasar de lo conceptual (aunque ya concreto) a lo real (la efectiva transformación), requiere, nuevamente (y ahora de forma inevitable) de la cognición y resolución por un órgano imparcial de una cuestión conflictiva y, como instrumento de la misma, de la contradicción: *audiatur et altera pars* (aunque esta sea por vía reactiva o de recurso).



Según lo expuesto, se relativiza, por una parte, la distinción entre declarar (decir el derecho) y ejecutar (hacer el derecho). Declarando la norma para el caso concreto (sentencia) con certeza, autoridad y, en su caso, estabilidad o permanencia («diciendo» el derecho) ya se está aproximando el derecho a su efectividad o aplicación. Pasando de lo indeterminado o abstracto a lo concreto, de lo discutido y conflictivo a lo cierto e indiscutible, de lo mudable a lo permanente, se está alterando el *statu quo* existente, realizándose ya, de algún modo, el orden que la norma protege y satisfaciéndose los intereses que ampara («haciendo» el derecho). Por otra parte, cuando las sentencias son de condena, aun cabe una ulterior y más profunda transformación del *statu quo* a costa del deudor («haciendo el derecho»), pero para ello se requiere la resolución de nuevas incertidumbres y el establecimiento de nuevas certezas (volviéndose, en este sentido, a «decir el derecho»)<sup>205</sup>. Se destaca, por tanto, que tanto «el decir» como «el hacer» el derecho están presentes en los procesos de declaración y de ejecución pues ambos comportan exigencias cognitivas (y la consiguiente declaración que las resuelva)<sup>206</sup> y transformaciones del *statu quo* existente. A modo de resumen, puede afirmarse que el objeto del proceso de ejecución es, al igual que el del proceso de declaración, una cuestión incierta y, por tanto, litigiosa, si bien la litigiosidad a ella relativa, tiene

---

<sup>205</sup> De nuevo, CARNELUTTI, quien afirmaba al respecto que «el juez, también cuando expropia bienes del deudor, tiene la misma posición de cuando decide la *litis*, aunque los medios de los cuales se vale sean inevitablemente diversos; pero el suyo es siempre un *dicere ius*. En otra ocasión, para esculpir la diferencia entre cognición y ejecución me he referido al contraste entre *dicere* y *facere ius*; pero la verdad es que estos dos modos de expresión se resuelven el uno en el otro; hemos visto que diciendo *ius* el juez comienza el camino del deber ser al ser y, por eso, actúa el derecho; igualmente, *faciendo ius*, esto es, poniendo las cosas de modo que respondan al deber ser, el *dicat ius*, esto es, muestra como las cosas deben ser» (pág. 188). Y, más adelante, en la misma obra, afirma que «en cuanto manda, el juez *dicat ius*. La atribución, puesto que es un mandato emanado no *inter partes* sino *super partes*, es, ejercicio de jurisdicción; lo que significa, [...] que el *facere ius* se resuelve en un *dicere ius*. También el proceso de ejecución, lo mismo que el proceso de cognición, está hecho esencialmente de palabras» (*ibidem*, pág. 225).

<sup>206</sup> Según DE LA OLIVA: «no es posible decir o hacer el Derecho instantáneamente. Y no se debe ejercer la función jurisdiccional *ex abrupto*. Las grandes operaciones intelectuales y volitivas propias de la Jurisdicción (juzgar, ejecutar o hacer ejecutar lo juzgado) han de ir precedidas y acompañadas de numerosos actos —también, ellos mismos, intelectivos y volitivos— que preparan y sostienen aquellas. Al conjunto de ese quehacer se le denomina proceso» (en De la Oliva Santos, A. y Fernández Ballesteros, M. A., *Derecho Procesal Civil*, Vol I, 1995 (1.ª ed. de 1990), cit., pág. 23). El mismo autor afirma en otro lugar que es «inaceptable la imagen del proceso de ejecución como una sucesión de actuaciones materiales cuasi-automáticas, sin necesidad de actividad jurisdiccional declarativa, porque el derecho del caso ya estaría definido por completo» (en De la Oliva Santos, Díez-Picazo Giménez, Vegas Torres, *Derecho Procesal civil. Ejecución Forzosa...*, 2000, cit., pág. 20).

notas peculiares pues queda enmarcada por la certeza (presunción *iuris et de iure* en algunos aspectos, *iuris tantum*, en otros) ofrecida por el título. Para respaldar la anterior afirmación bastará con acudir al caso más extremo: aquél en que el proceso de ejecución de sentencia termina con el sobreseimiento de la ejecución, demostrando que con este proceso la tutela proporcionada (en este caso, al indebidamente demandado de ejecución) puede ser en todo similar a una tutela mero declarativa (la mera afirmación de la «voluntad negativa de la ley» de la que hablaba CHIOVENDA)<sup>207</sup>.

Procedemos, en los siguientes apartados, a analizar diferentes manifestaciones de la incertidumbre y la conflictividad inherentes al proceso de ejecución para después analizar las garantías estructurales (esto es, aquellas que se expresan en la secuencia de actos que componen el procedimiento de ejecución) que consagra el proceso de ejecución para asegurar el acierto de aplicación del Derecho que mediante él se realiza.

### 3.2.2. Manifestaciones de la incertidumbre en el proceso de ejecución

#### 1.º Incertidumbre relativa a la existencia, vigencia y eficacia de la acción ejecutiva

Como ya hemos señalado, el proceso de ejecución no se concibe sin que la pretensión que lo origina se ampare (*causa petendi*) en un título ejecutivo. El título conlleva la presunción relativa a la existencia de una prestación a cargo del deudor, su incumplimiento y el correlativo surgimiento y vigencia de la acción ejecutiva<sup>208</sup>.

---

<sup>207</sup> En ocasiones se ha empleado el concepto de «cosa ejecutada» para expresar la eficacia atribuible a la ejecución ya terminada (al margen de los efectos propios de la satisfacción del acreedor). GUASP DELGADO afirma que «Por las mismas razones que se estiman intangibles las consecuencias obtenidas en un proceso de cognición, hay que llegar a la indiscutibilidad, por cualquier medio, de los resultados del proceso de ejecución, aunque el nombre de cosa juzgada no sea aquí literalmente aplicable. Nuestro derecho positivo guarda lamentable silencio sobre este punto, pero la doctrina debe pronunciarse a favor de la autoridad de los resultados de la ejecución, bien sea bajo la fórmula de la *cosa ejecutada*, bien sea bajo la fórmula de la *preclusión "pro judicato"*, o de cualquier otro modo que garantice a la situaciones que la ejecución engendra la inmutabilidad a que, desde luego, tienen derecho» (Guasp Delgado, Jaime, *Derecho procesal Civil. Tomo II. Parte especial*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pág. 221).

<sup>208</sup> Como señala DE LA OLIVA «cabe tener título ejecutivo y no tener acción [...] Por ejemplo, se tiene una sentencia de condena firme (se tiene título ejecutivo), pero se ha cumplido el mandato

De esta presunción surge el derecho al despacho de ejecución, es decir, a que la ejecución comience y se desarrolle hasta su finalización salvo que triunfe una oposición (carga del demandado).

Por lo que respecta a las sentencias de condena, la presunción relativa a la existencia y vigencia del derecho a una prestación en el momento de formación del título ejecutivo no admite prueba en contrario (art. 556.1 LEC, leído *a contrario*). Es decir, mediante la oposición a la ejecución no puede articularse contraprueba respecto de hechos constitutivos de la acción ejecutiva o la prueba de hechos impositivos, extintivos o excluyentes que hubieran podido alegarse durante el juicio declarativo precedente, hechos que, por estar afectados por la preclusión, quedan cubiertos por la inmutabilidad inherente a la cosa juzgada (art. 222 en relación con los arts. 286, 400 y 564 LEC)<sup>209</sup>. De otro modo se vulneraría, además, el derecho a la ejecución de sentencias en sus propios términos, parte integrante del derecho constitucional a la tutela efectiva tal como ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional<sup>210</sup>. Fuera de esta limitación, el legislador puede configurar con mayor

---

jurisdiccional porque se ha entregado al demandante la cantidad o cosa de que se tratase (no se tiene acción). Hay hechos posteriores a la creación del título que pueden desvanecer la acción» (De la Oliva Santos, Andrés, «Conceptos fundamentales de la ejecución forzosa *civil*», *Revista Jurídica Española La Ley*, núm. 4, 1981, pág. 135).

<sup>209</sup> MONTERO AROCA y FLORS MATÍES destacan la necesidad de equilibrar la garantía de contradicción «en atención a otros principios del proceso como puede ser la cosa juzgada o la actividad declarativa sumaria. En efecto: 1.º Si se trata de la ejecución de un título judicial es evidente que no podrá admitirse que en el proceso de ejecución se vuelva a debatir sobre lo que ya quedó cubierto por la cosa juzgada en el anterior proceso de declaración en que se formó el título, pero ello es algo propio de la eficacia de la cosa juzgada material y no consecuencia de limitación alguna de los derechos procesales de las partes. 2.º Tratándose de cualesquiera títulos ejecutivos la ley puede determinar que en la oposición a la ejecución se limiten las alegaciones del ejecutado, lo que puede hacer con base en entender que esa oposición es sumaria, pero ello, de la misma manera, no afecta a los principios procesales de contradicción o de igualdad» (Montero Aroca y Flors Matíes, *Tratado del proceso de ejecución civil*, 2004, cit., pág. 396). Vid. MARTÍN PASTOR, José, *La oposición a la ejecución y la impugnación de actos ejecutivos concretos*, La Ley, Madrid, 2007, págs. 284 a 303; ACHÓN BRUÑÉN, M.<sup>a</sup> José, *La oposición en los procesos de ejecución de sentencias civiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 35.

<sup>210</sup> En este sentido, ORTELLS, con apoyo en el art. 24 CE, afirma que «si el título ejecutivo tiene como base una previa declaración jurisdiccional, la posibilidad de defensa no debe alcanzar a lo ya resuelto o que se hubiera podido proponer para su resolución, porque (como se apuntó antes) sería contrario al derecho a la tutela judicial del vencedor en el previo proceso declarativo, alterar, fuera de los supuestos legales, los pronunciamientos de la sentencia que lo concluyó» (Ortells Ramos, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, cit., págs. 721 y 722). En el mismo sentido, MARTÍN PASTOR, José, *La oposición a la ejecución y la impugnación de actos ejecutivos concretos*, La Ley, Madrid, 2007,

o menor amplitud la presunción derivada de la sentencia de condena, es decir, limitar o ampliar las causas de oposición a la ejecución de sentencias por motivos de fondo basándose en hechos producidos con posterioridad al momento preclusivo para su alegación en el juicio declarativo precedente<sup>211</sup>. La opción del legislador ha sido, a este respecto, muy restrictiva, limitando los hechos extintivos oponibles al cumplimiento justificado documentalmente y al pacto o transacción que figuren en documento público.

En los supuestos de ejecución de títulos surgidos fuera del proceso o en su seno pero como resultado de la voluntad acorde de las partes homologada por el tribunal mediante resoluciones procesales (avenencia en actos de conciliación, convenios o acuerdos logrados en juicio y homologados por el tribunal o transacciones judiciales), así como en el caso peculiar del auto de cuantía máxima<sup>212</sup>, la falta de una exigencia constitucional de ejecución «en sus propios términos» (limitada constitucionalmente a la sentencia de condena), permitiría que el alcance de la oposición de fondo a la ejecución adquiriese mayor amplitud. Podría, en efecto, admitirse prueba en contrario respecto al válido nacimiento de la prestación consagrada en el título (mediante alegación de hechos impeditivos coetáneos o anteriores al momento de formación del título), junto a la impugnación de su vigencia en el momento de la ejecución (mediante la invocación de hechos extintivos o excluyentes posteriores a dicha formación)<sup>213</sup>. Es decir, en los supuestos de títulos formados por voluntad de las partes o fuera del proceso, así como en el caso del auto de cuantía máxima, el ámbito del conflicto a resolver en ejecución

---

pág. 285.

<sup>211</sup> En este sentido, la reforma de la LEC mediante Ley 19/2009 dió nueva redacción al art. 556.1 LEC conservando como único motivo de oposición de fondo el pago justificado documentalmente, eliminando los pactos y transacciones que constasen en documento público como motivo de oposición de fondo a la ejecución de sentencias. Posteriormente, la ley 37/2011, de 10 de octubre vuelve a incluir el pacto o transacción (documentado en documento público) como causa de oposición relativa al fondo.

<sup>212</sup> Este auto ha sido considerado por la doctrina como acto de naturaleza judicial pero no jurisdiccional por cuanto se dicta sin cognición ni enjuiciamiento sobre la existencia de la responsabilidad civil, a partir de una simple constatación judicial de los hechos (Vid., MARTÍN PASTOR, José, *La oposición a la ejecución y la impugnación de actos ejecutivos concretos*, La Ley, Madrid, pág. 454).

<sup>213</sup> Sobre esta posibilidad, teórica, vid. MARTÍN PASTOR, José, *ibidem*, pág. 504.

puede ser tan extenso como el legislador decida, siendo admisible cualquier solución tanto desde un punto de vista dogmático como constitucional<sup>214</sup>. La solución legislativa que ha dado nuestro ordenamiento ha sido matizada. Por una parte, no se admite, como regla general, la oposición basada en hechos anteriores o coetáneos a la formación del título ejecutivo (negando los hechos constitutivos del derecho del actor o afirmando hechos impositivos del mismo —falta de consentimiento o de objeto lícito, error, dolo, etc.—), siendo la única excepción en este sentido la oposición al auto de cuantía máxima (art. 556.3 LEC)<sup>215</sup>. En el sentido expuesto, la LEC de 2000 ha optado por un recorte de causas de oposición y ha hecho desaparecer la causa de oposición a la ejecución que regulaba en el art. 1467.1.º de la LEC de 1881: la nulidad de la obligación o del título en cuya virtud se hubiera despachado la ejecución<sup>216</sup>. Por otra parte, los hechos extintivos y excluyentes que pueden fundar una oposición han sido igualmente restringidos respecto de aquellos que hubieran sido teóricamente admisibles. En este sentido, la oposición a la ejecución amparada en títulos formados por las partes con intervención u homologación judicial (ejecución de resoluciones procesales distintas de la sentencia) se rige por el limitadísimo elenco de causas de oposición establecido frente a las sentencias y laudos arbitrales en el art. 556.1 LEC. La oposición a la ejecución amparada en títulos formados fuera del proceso o de laudos arbitrales se rige por un elenco de causas de oposición más amplio, pero sin que tal ampliación llegue tampoco al extremo de lo que hubiera sido teóricamente posible, limitándose al pago, compensación, pluspetición, prescripción, caducidad, quita, espera, pacto o promesa de no pedir y transacción (art. 557.1 LEC).

---

<sup>214</sup> Para MARTÍN PASTOR, existen dos formas distintas de regular la oposición a la ejecución por motivos de fondo: «1.ª [...] que el ejecutado pueda alegar cualesquiera hechos que fundamenten la inexistencia o no subsistencia, total o parcial, del derecho del ejecutante a la prestación que consta en el título ejecutivo [...] 2.ª [...] permitiendo que sólo determinados hechos puedan ser alegados por el ejecutado en el proceso de ejecución, e imponiendo a éste la carga de alegar el resto de hechos en un proceso declarativo posterior» (Martín Pastor, José, *ibidem*, pág. 263).

<sup>215</sup> Frente a la ejecución del auto de cuantía máxima se admite como causa de oposición la invocación, como impositivos, de hechos coetáneos al surgimiento de la responsabilidad que se pretende actuar y anteriores también al momento de formación del título (culpa exclusiva de la víctima, fuerza mayor, concurrencia de culpas): arts. 517.2.8.º y 556.3 LEC.

<sup>216</sup> Esta excepción, dada su generalidad, «consentía en la práctica el desbordamiento del marco de la oposición más allá de lo racionalmente deseable» (Vid. SENES MOTILLA, Carmen, «La oposición a la ejecución forzosa», en AA. VV. (Moreno Catena, dir.), *La ejecución civil*, CGPJ, Madrid, 2005, pág. 896).

## 2.º Incertidumbre referida a los presupuestos procesales

El ordenamiento procesal exige la concurrencia en todo proceso de determinadas condiciones o presupuestos (presupuestos procesales) que delimitan el ámbito (subjetivo, objetivo, temporal o formal) dentro del cual se considera posible la aplicación jurisdiccional del Derecho, cualquiera que sea su sentido (sea la sentencia de condena o el despacho de ejecución a favor del demandante, sea la sentencia absolutoria o el sobreseimiento de la ejecución, estimando la oposición planteada). Desde el punto de vista del proceso de declaración, los presupuestos procesales se han definido como condiciones que hacen posible el pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, pues con tal pronunciamiento (sentencia) se produce la aplicación del derecho sustancial (material) al caso concreto otorgando la satisfacción jurídica debida (que será, en su caso, la del demandado mediante su absolución); sin los presupuestos procesales, en cambio, no concurren las condiciones para dicho pronunciamiento/satisfacción y la resolución judicial correspondiente se limita a constatar esa carencia (aplicando también derecho, pero sólo derecho procesal): el tribunal manifiesta en estos casos que el proceso, *tal como ha sido planteado*, no es el cauce adecuado para pronunciarse con acierto sobre la procedencia de la tutela/satisfacción solicitada (quedando imprejuizado, por tanto, su merecimiento en cuanto al fondo). Dicho de otro modo, los presupuestos son, en el proceso de declaración, condición de ejercicio regular del derecho a un pronunciamiento sobre la satisfacción jurídica solicitada (manifestación del derecho —de naturaleza abstracta pero no incondicionada— a la tutela efectiva) con el consiguiente surgimiento del deber público de satisfacerlo, integrado en la potestad del tribunal (que tiene como presupuesto de su actuación el citado ejercicio regular). La falta de presupuestos procesales, apreciada anticipadamente en los momentos procesales oportunos (inadmisión de la demanda, audiencia previa...), puede conducir, por razones de economía, a la denegación de la actividad procesal ulterior a su apreciación (resolución de inadmisión o de sobreseimiento), es decir, los presupuestos se manifiestan también como condiciones de ejercicio regular del derecho a la actividad procesal (a su vez, manifestación del derecho a la tutela efectiva) necesaria para el ulterior pronunciamiento sobre el fondo y, por tanto, no sólo como condiciones de dicho pronunciamiento sobre el fondo. También en el proceso de ejecución se exige la

conurrencia de presupuestos y requisitos (subjetivos, objetivos, temporales y formales) para la correcta aplicación del derecho sustancial (material) al caso concreto otorgando la satisfacción jurídica debida. Ahora bien, puesto que en el proceso de ejecución dicha satisfacción comienza desde el mismo momento del despacho de ejecución (con el desarrollo de los actos de ejecución propios de cada modalidad de ejecución), los presupuestos se pueden considerar condiciones de tal despacho o, si se prefiere, del correcto ejercicio del derecho al despacho de ejecución que corresponde al demandante que dispone de un título (como manifestación específica en el proceso de ejecución del derecho a la tutela efectiva). La falta de presupuestos, apreciada en el trámite de despacho, determina su denegación (arts. 551.1 y 552.1 LEC) y su apreciación ulterior al despacho (sea a instancia de parte —mediante la oposición a la ejecución por defectos procesales ex art. 559.1 LEC—, sea de oficio —mediante la declaración de nulidad de lo actuado: art. 227.2. LEC—), determina el cese de la actividad procesal ejecutiva (satisfactiva para el acreedor) ya iniciada, pero no en cuanto no debida (en su fondo) sino en cuanto indebidamente ejercitada; por ello, de haberse planteado simultáneamente oposición por razones de fondo y por defectos procesales, se resolverá primero sobre la oposición por defectos procesales y, de estimarse éstos, la segunda oposición (que cuestiona, ahora sí, el carácter debido de la prestación solicitada, la existencia del derecho de acción concreta) quedará imprejuizada (art. 559.2 y 560 LEC).

### 3.º Incertidumbre procedente de la interpretación del título y la pretensión ejecutiva.

El título ejecutivo contiene referencia a una prestación concreta a cargo de un deudor concreto. La «concreción» a la que nos referimos es, como hemos señalado, todavía susceptible de precisión en un doble sentido. Por una parte, el título es susceptible de interpretación que aclare o explicité su contenido: las personas de ejecutante y ejecutado, Por otra, el título contiene referentes materiales que deben ser identificadas en la realidad, tarea que es, asimismo interpretativa. Esta tarea comienza con la orden general de ejecución (en la que el Juez realizar las «precisiones» que requiere el art. 551.2 LEC) pero continúa con el decreto de concreción de medidas ejecutivas (art. 551.3 LEC), en cuanto tales medidas deben

ser acordes con el ámbito delimitado por la orden indicada así como por los posteriores decretos que establezcan nuevas medias ejecutivas o modifiquen las existentes. El art. 563 LEC se ocupa de la impugnación de las anteriores resoluciones en cuanto interpreten incorrectamente la extensión de dicho título.

El principio de congruencia con el título, al que hemos aludido para destacar su contribución a la eficacia de la tutela ejecutiva, exige del tribunal la tarea cognitiva de determinar, interpretando el título presentado y la pretensión formulada, el alcance de la prestación jurisdiccional que le corresponde proporcionar. Por consiguiente, el principio de congruencia actúa tanto en beneficio del ejecutante, quién podrá exigir que la ejecución no le otorgue una satisfacción inferior a la amparada por el título y efectivamente solicitada (garantía de eficacia), como del ejecutado, al que permite exigir que la ejecución no exceda de lo previsto en el propio título o a lo solicitado por el demandante<sup>217</sup> (lo que el TC ha calificado de

---

<sup>217</sup> En palabras de SALINAS MOLINA: «que el órgano jurisdiccional ejecutor respete escrupulosamente el contenido del título que ejecute es un derecho de ambas partes, pues el cumplimiento de lo previsto en el fallo constituye, junto al derecho del favorecido a exigir el cumplimiento total e inalterado, el del condenado a que no se desvirtúe, se amplíe o se sustituya por otro. [...] La jurisprudencia constitucional ha fijado su trascendencia al afirmar que “si un tribunal se aparta sin causa justificada de lo previsto en el fallo de la sentencia que debe ejecutarse está vulnerando el art. 24.1 CE”, que su violación puede entrañar una vulneración del principio de contradicción, y, por consecuencia, del fundamental derecho de defensa»; en el mismo sentido SOLCHAGA LOITEGUI afirma que «desde la óptica del ejecutado, la tutela judicial efectiva también comprende el derecho a que las sentencias se cumplan en sus propios términos, sin que en el incidente de ejecución puedan resolverse cuestiones que no hayan sido abordadas ni decididas en el fallo, o con las que éste no guarde una directa e inmediata relación de causalidad; y sin que quepa alterar sustancialmente los términos del debate, pues en este caso se incurriría en incongruencia de relevancia constitucional» (Solchaga Loitegui, Jesús «Derecho a la tutela judicial efectiva y ejecución singular civil», en AA. VV., *Ejecución de sentencias civiles*, CGPJ, Madrid, 1992, pág. 33). Según el Tribunal Constitucional, en Sentencia 189/1990, de 26 de noviembre, «[...] la anulación parcial del auto de ejecución de la sentencia, en función de una interpretación razonada de la sentencia a ejecutar y de los correspondientes preceptos legales, no supone una contradicción con el fallo de la sentencia lesiva del derecho reconocido en el art. 24.1 de la Constitución, sino que entra dentro de las facultades de revisión del auto de ejecución impugnado. Así pues, la exigencia constitucional de ejecución de la Sentencia en sus propios términos no puede ser entendida como una interpretación estrictamente literal de la misma, en forma que desnaturalice e incluso contradiga el alcance y la naturaleza de la decisión judicial que trata de ejecutarse, sino que implica una interpretación razonada del fallo en función de los fundamentos de la sentencia y de las pretensiones de las partes sin modificación ni cambio del contenido del fallo y sin que con ello se vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva» (FJ 3). La STC 152/1990, de 4 de octubre (Sala Primera; ponente: Fernando García-Mon y González Regueral) afirma que «la inmodificabilidad de las sentencias firmes y el derecho a la ejecución de las sentencias en sus propios términos integran el contenido del derecho fundamental a la tutela efectiva sin indefensión. De forma que en el incidente de ejecución no pueden resolverse cuestiones que no



«dimensión negativa» del derecho a la tutela efectiva<sup>218</sup>): si, por ejemplo, el título condena a la entrega de un bien inmueble, no puede el tribunal ordenar el desalojo de los bienes muebles que contiene si esta posibilidad no se ha discutido en el juicio precedente ni es una exigencia que deba derivarse interpretativamente del contenido del título ejecutivo.

Como señala CARRERAS MARAÑA, «pueden darse una multitud de situaciones que, en ocasiones, precisarán de una integración del Título por parte del Juez de la ejecución y que harán necesario completar el Título con su contenido y con las consecuencias accesorias y complementarias del mismo»<sup>219</sup>; pero, como reconoce el mismo autor, «esta función integradora del Título tiene un límite, que si se supera, no sólo no se estaría ejecutando adecuadamente el Título, sino que se atentaría contra la seguridad jurídica (art. 9 CE) y contra la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)»<sup>220</sup>.

La cognición exigida por el «principio de congruencia con el título» ha de tener en cuenta también la exigencia de congruencia de la actividad ejecutiva con la pretensión ejecutiva formulada por el demandante, como expresión del principio

---

hayan sido abordadas ni decididas en el fallo o con las que éste no guarda una directa e inmediata relación de causalidad, pues de lo contrario se lesionarían los derechos de la otra parte al prescindirse del debate y la contradicción inherentes a todo litigio; sin que la interpretación del fallo por el juez de la ejecución haya de ser estrictamente literal, sino infiriendo del fallo sus naturales consecuencias en armonía con el todo que constituye la sentencia, pero respetando en todo caso los límites de la pretensión en los que realmente se produjo el debate, pues en otro caso se incidiría en la incongruencia con relevancia constitucional que se da cuando las resoluciones judiciales alteran de forma decisiva los términos en que se desarrolló la contienda» (FJ 3).

<sup>218</sup> La STC 288/1993, de 4 de octubre (Sala Primera; ponente: Carlos de la Vega Benayas), afirma, en tal sentido, que «el derecho a la tutela judicial supone, desde este punto de vista, una dimensión positiva consistente en que el fallo judicial se cumpla, y una dimensión negativa, en cuanto proscribire que, fuera de los supuestos y cauces taxativamente previstos, los órganos judiciales dejen sin efecto resoluciones firmes (entre otras SSTC 15/1986 y 119/1988), ya que la tutela judicial ha de producirse en los términos y dentro de los cauces que el legislador, respetando el contenido esencial del art. 24 de la Constitución ha querido articular, por lo que sólo en la medida en que se respeten íntegramente aquellos cauces legales darán los jueces cabal cumplimiento a lo que el citado precepto constitucional dispone» (FJ 2).

<sup>219</sup> CARRERAS MARAÑA, Juan Miguel, «Comentarios al Libro III, Título III LEC...», en AA. VV., *Enjuiciamiento Civil...*, 2008, cit., pág. 3739.

<sup>220</sup> *Ibidem*, págs. 3739 y 3740.

dispositivo (art. 551 LEC<sup>221</sup>). En este último aspecto hay que precisar, sin embargo, que cuando la ejecución se funde en una resolución procesal dictada por el propio tribunal competente para la ejecución (provenga ésta del juez o del secretario), la pretensión podrá formularse como una genérica solicitud de ejecución del título (art. 549.2 LEC<sup>222</sup>): la congruencia de la actividad jurisdiccional (diseñada mediante la orden general de ejecución y el decreto de concreción de medidas ejecutivas) con la pretensión formulada equivale en estos casos a su congruencia con el título. En los demás supuestos (resoluciones no procesales o resoluciones procesales dictadas por órganos de un tribunal distinto del ejecutor), la pretensión ejecutiva deberá formularse de modo completo (en los términos de los arts. 549 y 399 LEC) y el tribunal no podrá mediante el despacho o los actos posteriores de ejecución ampliar la tutela más allá de lo pretendido de forma expresa.

Por último, para adoptar la resolución o resoluciones correspondientes, el tribunal deberá considerar, junto al título y la pretensión<sup>223</sup>, las normas legales que delimitan

---

<sup>221</sup> Conforme a este artículo: «Presentada la demanda ejecutiva, el tribunal despachará en todo caso la ejecución siempre que [...] los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título» (art. 551.1). Según DE LA OLIVA, la LEC se expresa de forma imprecisa «ya que la exigencia de conformidad con la naturaleza y contenido del título la refiere, no a la tutela ejecutiva que se pretende, en general, sino a “los actos de ejecución que se solicitan”; ahora bien, si estos “actos” (v. gr., el embargo o la localización de bienes) han de ser conformes con el título, con mayor razón hay que exigir que lo sea la concreta pretensión de tutela ejecutiva que se formule en la demanda» (pág. 76). Es más, cabe tender que la falta de solicitud de actos concretos de ejecución, en cuanto no oculte la verdadera voluntad del ejecutante a obtener del tribunal la prestación que ampara el título, no debe impedir que el tribunal, de oficio, acuerde los medios adecuados para ello. Así se deriva del art. 549.1 LEC, que no exige sino la precisión del alcance de la tutela a que se aspira (en términos objetivos y subjetivos), pero no los instrumentos que deba poner el tribunal en marcha para ello, y del art. 551.3 LEC, que reserva al secretario judicial la decisión sobre «Las medidas ejecutivas concretas que fueran procedentes [...]» [la cursiva es nuestra] no limitadas, por tanto, a lo solicitado por el demandante.

<sup>222</sup> Según el cual «Cuando el título ejecutivo sea una sentencia o resolución dictada por el tribunal competente para conocer de la ejecución, la demanda ejecutiva podrá limitarse a la solicitud de que se despache la ejecución, identificando la sentencia o resolución cuya ejecución se pretenda» (art. 549.2 LEC).

<sup>223</sup> Para MONTERO AROCA «el despacho de ejecución requiere que los actos de ejecución cuya realización se solicite en la demanda sean conformes con la naturaleza y el contenido del título ejecutivo. Ello supone, en primer lugar, que la petición que se deduzca en el suplico ha de ser acorde con la esencia y el significado de la obligación que en él se documenta, de modo que no resultará posible, con base en un título extrajudicial, solicitar la ejecución de una obligación de hacer, ni pedir la entrega de una cosa determinada cuando el título comprenda una obligación dineraria, o pedir una suma de dinero si la prestación debida consiste en otra cosa. [...]. Pero aquella previsión también

el alcance y posibilidades de la prestación jurisdiccional ejecutiva para cada tipo de título (carácter reglado de la ejecución).

4.º Incertidumbre relativa a la traducción en medios concretos de ejecución del título y de la pretensión ejecutiva y a la delimitación del alcance de la responsabilidad en la esfera jurídica del demandado.

El tribunal debe determinar en cada caso, partiendo de los términos del título ejecutivo (términos habitualmente referidos a la prestación debida —e incumplida— por el demandado), el alcance de la prestación jurisdiccional que ha de desarrollar (a través de los denominados medios de ejecución) para otorgar tutela al acreedor. En efecto, el título ejecutivo expresa normalmente sólo la prestación del deudor cuyo cumplimiento haría innecesaria la prestación jurisdiccional; sin embargo, cuando con amparo en un título se pide la tutela jurisdiccional se está solicitando esta segunda prestación (la actividad jurisdiccional) y no la primera (una actividad del deudor). Pese a que en ocasiones se aluda al «cumplimiento forzoso de la obligación», en la ejecución el tribunal debe realizar una secuencia de actividades distinta de la prevista para el deudor y que sólo por sus efectos satisfactivos para el acreedor se puede identificar con el cumplimiento («forzoso») de la prestación que corresponde al deudor<sup>224</sup>. Dicho de otro modo: si con el proceso de declaración el

---

significa que los concretos actos de ejecución que se soliciten sean precisamente, los adecuados para la realización forzosa de la prestación de que se trate, según la actividad reglada específicamente establecida en la ley para cada caso, de modo que sólo se acordará la práctica de las actuaciones ejecutivas legalmente previstas que sean conformes con la naturaleza y el contenido del título» (2004, tomo I, pág. 622). DE LA OLIVA matiza a este respecto que «no debe concluirse, sin embargo, que todos los casos de falta de adecuación entre la tutela ejecutiva solicitada y el contenido del título ejecutivo deban desembocar, sin más, en la denegación del despacho de la ejecución. Si el problema estriba, por ejemplo, en que la cantidad reclamada excede, a juicio del tribunal, de la que autoriza el título, podrá despacharse la ejecución por la cantidad que el tribunal considere procedente, sin perjuicio de los recursos que pueda interponer el ejecutante» (pág. 77).

<sup>224</sup> Debemos relacionar esta necesidad interpretativa con el diferente fundamento entre la prestación a cargo del deudor, que el tribunal consigna en la condena, y la prestación que le corresponde otorgar al tribunal merced al ejercicio de la acción ejecutiva. CHIOVENDA afirma al respecto que «la acción nace por el hecho de que aquel que debía conformarse con una voluntad concreta de la ley, que nos garantiza un bien de la vida, ha transgredido esta voluntad, haciendo que busquemos su actuación independientemente de la voluntad del obligado. Aun en estos casos la acción está separada del otro derecho subjetivo (real o personal) derivado de aquella voluntad de la ley; los dos derechos son distintos, si bien pueden coordinarse en un mismo interés económico; tienen vida y condiciones diversas y contenido completamente distinto» (Chiovenda, Giuseppe, *Curso de Derecho*

tribunal realizó la operación de cognición necesaria para traducir la prescripción contenida en términos generales y abstractos en la norma a una prescripción dirigida a unos sujetos determinados y con un contenido determinado (la prestación a cargo del deudor que contiene la condena), mediante proceso de ejecución el tribunal debe traducir los términos de la sentencia de condena en actos jurídicos concretos del tribunal que transformen la esfera jurídica del deudor en la medida necesaria para satisfacer al acreedor (habiéndose embargado dinero líquido, sueldos o pensiones y otros bienes con valor nominal similar al de mercado, puede verificarse el pago mediante su entrega sin necesidad de celebración de subasta —arts. 607.7 y 634 LEC —; solicitada por el demandante se puede otorgar la entrega de bienes productivos en administración para pago —art. 676 LEC—, etc.).

La labor de determinar los medios de ejecución, las actividades procesales que han de permitir satisfacer al acreedor, está muy vinculada a la labor de identificación de la extensión y características de la esfera jurídica del deudor que debe ser afectada por dichos medios con vistas a hacer efectiva la responsabilidad, es decir, delimitar el referente material y tangible de la responsabilidad (tarea que se inicia en el decreto de concreción de medidas ejecutivas —art. 551.3 LEC— y continúa, de ser necesario, durante la ejecución mediante diversas resoluciones —nuevos decretos, diligencias, mandamientos, oficios...— y actos ejecutivos materiales)<sup>225</sup>. Por tanto,

---

*Procesal Civil*, 1997 (original de 1936), cit., pág. 13). En ocasiones, la propia sentencia describe no sólo la actividad del deudor incumplidor, sino también la actividad posterior del órgano jurisdiccional como consecuencia de la misma. Es el caso de las sentencias para las cuales el lanzamiento ha de ser el instrumento típico de satisfacción (juicios de desahucio). Estas sentencias muestran las dos prestaciones cuya exigencia amparan: para el demandado la prestación que debe (aunque tardíamente) satisfacer a su acreedor y que puede liberarle de la responsabilidad a que queda sometido (el abandono voluntario del inmueble) y para el Tribunal la prestación jurisdiccional futura consistente en el lanzamiento. Estas sentencias determinan y completan, en ocasiones, algunos de los elementos reglados de la prestación jurisdiccional (como el plazo de lanzamiento). Para el acreedor estas sentencias expresan tanto su derecho frente al deudor como su acción frente al tribunal.

<sup>225</sup> CHIOVENDA afirma que «condiciones de la ejecución forzosa y de la acción ejecutiva [...] son distintas, según que se considere la acción ejecutiva en sí misma, es decir, en general, o bien, en cuanto tienda a un determinado medio ejecutivo. Considerada en sí misma, la acción ejecutiva, tiene como condición general el título ejecutivo. En cuanto, además, tiende a identificarse con un determinado medio ejecutivo, la acción ejecutiva tiene como condición especial la admisibilidad del particular medio ejecutivo. En el caso de un acreedor que pretende expropiar los bienes de su deudor, su acción tiene por condiciones: a) El título ejecutivo; b) La admisibilidad en general de la expropiación de los bienes del deudor; c) La existencia de bienes de propiedad del deudor; y d) La idoneidad de estos bienes para ser objeto de la expropiación» (Chiovenda, Giuseppe, *Curso de Derecho*

puede afirmarse que habiéndose constatado la obligación y su incumplimiento así como el alcance genérico de la responsabilidad correspondiente (la cuantía de la deuda, liquidándola de ser preciso, el bien inmueble objeto de desalojo...) y los medios igualmente genéricos para hacerla efectiva (el embargo y apremio sobre el patrimonio del deudor, el requerimiento de desalojo con otorgamiento de plazo para proceder al mismo y posterior diligencia de lanzamiento...) queda todavía abierta la cuestión del alcance específico de dicha responsabilidad (el grado de sacrificio de la esfera jurídica del deudor) lo que supone resolver múltiples incógnitas que pasamos a analizar.

La concreción judicial de la responsabilidad requiere considerar, en primer lugar, la identidad y extensión de la propia esfera jurídica del deudor en la que debe incidir la actuación jurisdiccional. En efecto, el título ejecutivo fundamenta la exigencia de responsabilidad para un caso concreto al tiempo que delimita su alcance cuantitativo (señalando la cuantía de la deuda por la que se responde) o cualitativo (indicando, por ejemplo, el bien mueble o inmueble específico a cuya entrega se debe proceder).

La esfera jurídica del deudor no habrá sido en muchos casos objeto de expresa consideración en el título ejecutivo al no haber sido tampoco objeto de debate y delimitación en el proceso declarativo precedente (el título contiene la condena a pagar una suma determinada —con cargo al «patrimonio» del deudor quien «responde de sus obligaciones con todos sus bienes»: 1911 CC—, pero no entra necesariamente a valorar cual sea la composición de dicho patrimonio, las titularidades que concurren en él o el grado de inmisión que debe —o no debe— soportar —por ser inembargable, por ejemplo—; el título contiene la obligación de entrega de un bien determinado que, quizá, no esté ya en poder del deudor; etc.).

Incluso en aquellos casos en que los que el título ejecutivo identifica con precisión los elementos de la esfera jurídica del deudor que son el objeto de la prestación debida y que coinciden, por ello, con el objeto de la responsabilidad

(las sentencias de condena a la entrega de bienes muebles o inmuebles determinados o los títulos ejecutivos hipotecarios, por ejemplo) seguirá existiendo un cierto grado de inconcreción o incertidumbre cuando se trate de trasladar su realidad «sobre el papel» (el título) a su realidad física o tangible<sup>226</sup>; incertidumbre respecto a la identificación material del bien pero también respecto al grado e intensidad con que puede y debe ser afectado el elemento correspondiente atendidas sus condiciones particulares. Por lo que respecta a la identificación, hay que tener en cuenta que el título sólo puede ofrecer, como señalamos antes, el nivel de precisión propio del lenguaje (los bienes tangibles —materiales, físicos— son el referente —externo o significado de meras expresiones verbales —significantes— contenidas en el título ejecutivo), y, en cambio, la ejecución requiere, en muchas ocasiones, traducir dichas expresiones en una realidad material, física, tangible. Además, la consideración de un bien determinado para un pronunciamiento declarativo puede permitirse dejar fuera de enfoque aspectos o elementos de dicho bien que, sin embargo, cobrarán relevancia en el momento de la ejecución. Por todo ello, por ejemplo, la entrega de posesión inmediata de un bien determinado ordenada por la sentencia, sea mueble o inmueble, puede ser origen de multitud de incógnitas llegado el momento de la ejecución: ¿existe dicho bien? (no se localiza, el deudor afirma que se ha destruido...), ¿dónde está? (la dirección indicada es imprecisa, se afirma que se ha entregado a otra persona en depósito pero no se localiza a dicha persona...), ¿se trata del bien que consta en el título aquél localizado por la Comisión judicial? (discrepan demandante y demandado sobre las características del bien...), ¿tiene algún derecho sobre este bien el tercero bajo cuyo poder se encuentra?...

El segundo aspecto a considerar para la determinación (y materialización) de la responsabilidad en el proceso de ejecución es el repercusión en la esfera jurídica

---

<sup>226</sup> CARNELUTTI, con su habitual expresividad, explicaba la insuficiencia de la cognición desarrollada en la fase declarativa para poder realizar la prestación jurisdiccional en el plano material afirmando: «[...] se tiene la impresión de que no es ya cuestión de juicio sino de acción; que no exista ya lugar para el juez, [...] Sin embargo, fijándose bien, uno se da cuenta de que es necesario también el juicio aquí, [...] entre otras cosas porque raramente se encuentra en su poder el dinero para entregar al acreedor, resulta necesario hacer dinero liquidando algún otro bien; pero ¿será verdaderamente una cosa suya o pertenecerá, por el contrario, a un tercero? He aquí una de las muchas cuestiones que, para poner en práctica la restitución, se deben resolver y exigen naturalmente, la obra del juez» (Carnelutti, Francesco, *Derecho procesal civil y penal*, 1997, (edición original de 1958), cit., pág. 36).

del deudor de los medios de ejecución seleccionados para imponerla. Esta operación requiere, en ocasiones, resolver cuestiones distintas de las expuestas en el párrafo anterior: ¿afectan los medios seleccionados a la esfera del deudor —aun estando correctamente delimitada— con una intensidad que excede de la responsabilidad exigible? (embargando, por ejemplo, bienes muy valiosos o un exceso de bienes para liquidar una deuda de menor entidad con grave perjuicio para el deudor —perjuicio innecesario o desproporcionado respecto al beneficio que obtiene el acreedor—); ¿afectarán los medios empleados a sujetos no sometidos a responsabilidad? (El embargo de bienes de terceros o el lanzamiento del ocupante del inmueble distinto del ejecutado); ¿en qué medida y por qué medios puede procederse al lanzamiento si existe riesgo de lesión a otros bienes que, como la vida o la integridad física del propio ocupante (o de sus familiares, menores, tal vez), no deben, en principio, verse afectados por la ejecución con un alcance contrario a los derechos humanos y los derechos fundamentales que los amparan?.

La tarea de delimitación de la esfera jurídica del deudor susceptible de coerción así como la determinación de los medios de ejecución apropiados para incidir sobre la esfera así delimitada puede considerarse una actividad jurídica de naturaleza compleja: en parte material (requiriendo el conocimiento y valoración de datos fácticos: qué bienes posee o tiene registrados el deudor, cuál es su valor de mercado, en qué estado se encuentra el inmueble que se pretende desalojar —ocupación por menores o enfermos, estado ruinoso que supone peligro para los ocupantes o para la propia Comisión judicial—, dónde se hallan los bienes muebles que deben entregarse al deudor, etc.) y en parte jurídica (requiriendo la interpretación y aplicación de normas que rigen tanto la esfera jurídica del deudor y de terceros —el sujeto que ocupa el bien en ciertas condiciones ¿es poseedor o servidor de la posesión?; el sujeto que tiene el bien mueble ¿lo tiene en calidad de depositario o de propietario?— como la actividad procesal ejecutiva —¿se debe lanzar a los servidores posesorios?; ¿se puede sustraer el bien que se halla en poder del depositario?). En este segundo aspecto, la concreción de la responsabilidad requiere, por una parte, acudir a normas y principios que pertenecen típicamente al derecho material (fenómeno al que alude el denominado, precisamente, «principio

de derecho material»), para determinar, por ejemplo, la titularidad del patrimonio sobre el que se actúa o el alcance de los derechos de terceros sobre el mismo o para determinar el alcance y contenido de los derechos fundamentales afectados por la ejecución (¿qué actuaciones procesales afectan a la integridad física? ¿cuáles a la intimidad? ¿cuáles al principio de protección a la infancia?...); por otra parte, en cuanto se trata de determinar la actividad de un tribunal (típicamente regulada por el derecho procesal —carácter reglado de la ejecución—) las propias normas procesales (aun las calificadas como normas de «mero procedimiento») establecen reglas precisas para resolver sobre el alcance de la responsabilidad y las posibilidades de actuación del tribunal<sup>227</sup>, señalando, por ejemplo, criterios para establecer la titularidad de los bienes que pretenden embargarse (art. 593 LEC), estableciendo el carácter inembargable de ciertos bienes (arts. 605 y sigs. LEC); exigiendo proporcionalidad entre el valor de los bienes embargados y la cuantía de la deuda (art. 584 LEC); fijando la duración de los plazos en garantía del derecho a la vivienda (art. 704.1 LEC), etc. No siempre las normas procesales son precisas en este sentido: para la entrega forzosa de bienes inmuebles determina el art. 703 LEC que el tribunal acuerde «lo que proceda» y el art. 699 LEC ordena que el plazo para el cumplimiento sea aquél que el tribunal «estime adecuado».

La valoración de las consecuencias de las medidas a imponer sobre la esfera jurídica del deudor y de terceros se debe realizar no sólo desde una perspectiva *ex ante*, es decir, adoptada en el momento de consideración inicial de las medidas (típicamente, al dictarse el decreto de concreción de medidas ejecutivas *ex art. 552.3 LEC*), sino también a partir de la información recabada en el curso de la ejecución de dichas medidas pues su verdadero alcance sólo se manifiesta, en ocasiones por primera vez, una vez que, iniciada su puesta en práctica, el tribunal entra en contacto físico

---

<sup>227</sup> En este sentido, PUGLIATTI distingue entre «responsabilidad obligatoria» y «responsabilidad ejecutiva». Afirma que con la regla de inembargabilidad de determinados bienes en vía de apremio «no se quiere limitar la responsabilidad del deudor al cumplimiento de sus obligaciones. Si el deudor posee sólo bienes inembargables (y por ello intransmisibles), o si no posee nada, será imposible la ejecución y, por tanto, nula la (actual) responsabilidad ejecutiva; pero no por eso se extingue la obligación, ni la responsabilidad propia del deudor, que acompaña la obligación hasta su extinción. Si las condiciones patrimoniales del deudor cambiaran, será siempre posible traducir su responsabilidad obligatoria en responsabilidad ejecutiva; es decir: sujetar a la ejecución sus bienes embargables» (Pugliatti, Salvatore, *Esecuzione forzata...*, 1935, cit., pág. 191).



o material con la esfera jurídica del deudor<sup>228</sup>. Por consiguiente, las resoluciones pertinentes pueden dictarse en diferentes momentos procesales, siguiendo las fases o secuencias propias de cada modalidad de ejecución (embargo seguido de apremio, intimación de lanzamiento seguida de la diligencia de lanzamiento propiamente dicha...) y la nueva información que eventualmente proporcionen las partes (solicitud de ampliación o alzamiento de embargo sobre la base de su sobre su suficiencia o insuficiencia, proporcionando información sobre el valor de los bienes —art. 612 LEC—; petición de prórroga del plazo inicial de lanzamiento por existir determinadas circunstancias de las que se informa al tribunal —art. 704.1 in fine LEC—; etc.) o que de las propias actuaciones materiales de ejecución aparezca información o surjan circunstancias que no pudieron ser tomadas en consideración en el momento de dictarse la orden general de ejecución y el decreto de concreción de medidas ejecutivas (tras el desplazamiento de la Comisión judicial al inmueble o domicilio en que ha de realizarse el embargo o lanzamiento se verifica la percepción directa por la Comisión judicial de circunstancias personales o materiales que resultan relevantes para el orden del embargo o para especificar las condiciones del lanzamiento —como el estado de deterioro de un bien o la enfermedad de un ocupante—; una vez realizado el embargo éste se revela excesivo o insuficiente —tal vez de forma sobrevenida por un incremento o disminución del valor de los bienes—; etc.).

La resolución de los anteriores extremos supone una actividad cognoscitiva del tribunal para la resolución de tales cuestiones que, por no estar resueltas en el título ejecutivo y por implicar intereses de partes contrapuestas, deben ser consideradas, tratándose del ejercicio de la jurisdicción en el seno de un proceso (y tal es la

---

<sup>228</sup> Según SALINAS MOLINA «el juez executor en cada momento está obligado a adoptar las medidas más idóneas, proporcionadas y eficaces para llevar a efecto la ejecución» pero «cuando se trate de determinar el contenido de los actos ejecutivos concretos necesarios para obtener la ejecución, lógicamente, no podemos obtener del referido título la respuesta a todas las cuestiones conexas o vinculadas necesariamente a la ejecución que se trate de llevar a efecto», y, por ello, «a lo largo de la ejecución la variación de las circunstancias respecto a las existentes en el momento de constituirse el título pueden implicar que en nada se parezcan las actuaciones ejecutivas iniciales con las que se practiquen o debieran practicarse en un momento ulterior para hacer efectivo el propio título, que seguirá siendo el fundamento de la ejecución en curso pero que deberá ajustarse justificadamente a las nuevas situaciones» (Salinas Molina, Fernando «Lo contencioso en la ejecución: cuestiones incidentales y oposición» en *Puntos críticos en ejecución de sentencias*, CGPJ, Madrid, 1999, págs. 99 a 154).

ejecución para la Constitución Española —art. 117.3 CE— y la Ley de Enjuiciamiento Civil), «cuestiones litigiosas», y, como tales, resueltas mediante los instrumentos de garantía que ofrece el Derecho procesal: una actividad de cognición por un tribunal imparcial al que tienen acceso ambas partes mediante una audiencia bilateral que tendrá lugar en forma de contradictorio diferido o reactivo, es decir, mediante la interposición de recursos contra las resoluciones y actos procesales que se consideren contrarios a los derechos y garantías que la parte crea corresponderle (arts. 563 y 567 LEC)<sup>229</sup>.

5.º Incertidumbre derivada de la eventual novación objetiva y subjetiva en el proceso de ejecución.

El compromiso constitucional con la tutela efectiva permite, como hemos señalado en el apartado anterior, que la satisfacción específica del acreedor sea sustituida, en determinadas circunstancias (imposibilidad, pérdida de valor satisfactivo para el acreedor de la prestación específica por culpa del deudor), por una satisfacción equivalente a la originaria, transformando el objeto de la prestación en su equivalente pecuniario (novación objetiva). El título ejecutivo habitualmente nada dice de esta nueva prestación (resultado de la novación), si bien la prestación originaria que consagra el título sirve de parámetro objetivo para calcular el valor de la satisfacción pecuniaria sustitutiva. La transformación de una prestación en su equivalente pecuniario exige determinar el valor cuantitativo de la nueva prestación dineraria a través del procedimiento específico regulado en los arts. 712 y sigs. LEC.

La novación de la pretensión ejecutiva tendrá alcance subjetivo cuando la ley permita extender la responsabilidad de la ejecución a sujetos a quienes

---

<sup>229</sup> La LEC en su redacción inicial escamoteaba determinados actos de ejecución de la contradicción propia del proceso de ejecución, es decir, de la contradicción que se verifica a través de los recursos. Era el caso de las resoluciones sobre ampliación o reducción del embargo para las que se establecía su resolución «mediante providencia» y «sin ulterior recurso» (art. 612.1 *in fine* LEC). La reforma de la LEC por medio de la ley 13/2009, de 3 de noviembre, atribuye su resolución al secretario judicial mediante un decreto recurrible ante el Juez a través del recurso directo de revisión (art. 612.2 redactado tras la reforma) permitiendo así la audiencia de la parte contraria (art. 454 bis.2 LEC).

inicialmente no hacía referencia el título. Se requiere para ello la resolución expresa del tribunal, previa la oportuna cognición (en su caso audiencia de partes) determinando quienes son aquéllos sujetos que sin ser nombrados en el título deben soportar la ejecución y el alcance con el que deben hacerlo. Cuando los supuestos de extensión de responsabilidad son los previstos legalmente (arts. 538 y sigs. y art. 551.1.º LEC) el tribunal expresará el resultado de su cognición en el auto despachando ejecución (orden general de ejecución) y la audiencia de las partes respecto a dicha extensión adoptará la forma de oposición a la ejecución (art. 549.1.1.º LEC). Cuando la extensión de responsabilidad se pretende respecto de ocupantes de los inmuebles que deban entregarse según el título ejecutivo, la cognición, contradicción y resolución se producirán en el curso del incidente contradictorio específicamente previsto y regulado por la LEC (artículos 699.2, apartados 2 a 4 del art. 675 y artículo 704.2 LEC).

### *3.3. Garantías de acierto en el proceso de ejecución*

La necesidad de resolver racional y acertadamente las diversas incertidumbres que, tal como acabamos de exponer, pueden presentarse en el proceso de ejecución, exige la presencia de las que hemos considerado garantías procesales del acierto de la decisión judicial. La fisonomía de las mencionadas garantías no puede ser, sin embargo, la misma que en el proceso de declaración, atendida la necesidad de equilibrar los instrumentos garantes de la eficacia de la tutela jurisdiccional ejecutiva (que dan a este proceso su identidad diferenciada y su autonomía) con los instrumentos que garantizan el acierto de las decisiones que se adoptan para alcanzarla<sup>230</sup>. Sin perjuicio del necesario equilibrio entre

---

<sup>230</sup> Según FERNÁNDEZ SEIJO: «en el momento de la ejecución confluyen tres intereses de naturaleza distinta: 1. El del actor, que solicita que sea ejecutada la sentencia en la que se le reconoce su pretensión, solicitud que busca no sólo la mera ejecución, sino que esta sea rápida, efectiva y no sujeta a limitaciones; 2. El del demandado, que —si bien es inevitable la ejecución de la sentencia una vez firme— debe exigir que tanto el procedimiento como la ejecución misma se hayan realizado conforme a derecho, respetando los principios de tutela judicial efectiva y no indefensión; reclamando que en toda la tramitación tanto el demandante como (fundamentalmente) el Órgano Jurisdiccional, haya desplegado todos los mecanismos y garantías para la efectividad de sus derechos; 3. El del Estado, que busca el fin próximo de ver satisfechas conforme a derecho las pretensiones del actor, y el fin genérico de la realización de la Justicia, como valor superior del ordenamiento constitucional; la Justicia como ente, como poder o como idea abstracta es uno de los elementos determinantes de la paz social y de la propia configuración

garantías de distinta especie —a través de los instrumentos que las concretan—, hay que destacar que la contraposición entre ambas es relativa y, en ocasiones, sólo aparente. Así, la necesidad de introducir la contradicción en diferentes trámites del proceso de ejecución es una garantía de acierto de las resoluciones que en el curso de la ejecución se vayan adoptando, pero, simultáneamente, evita diferir dichos conflictos a procesos declarativos ulteriores (fenómeno que ha denominado SALINAS MOLINA «externalización de conflictos»), con el consiguiente beneficio de estabilidad en la satisfacción finalmente obtenida mediante el proceso de ejecución. El TC ha mantenido, como una exigencia de la tutela efectiva debida al ejecutante, la necesaria interpretación del título y el abordaje en el propio proceso de ejecución de aquellas cuestiones conflictivas que en el mismo pudieran surgir sin remitir a innecesarios procesos ulteriores<sup>231</sup>

---

del Estado Social y Democrático de Derecho» (Fernández Seijo, José María, «La ejecución de las sentencias de desahucio por falta de pago en rebeldía del demandado», en *Ejecución de sentencias civiles*, CGPJ, Madrid, 1992, pág. 176).

<sup>231</sup> El TC se ha pronunciado en este sentido al ocuparse de obstáculos a la ejecución derivados de la propia conducta del ejecutado. Según la STC 167/1987 (recurso de amparo; Sala segunda; ponente: Jesús Leguina Villa), «el derecho a la ejecución de las sentencias [...] no se satisface sólo [...] con la remoción inicial de los obstáculos que a su efectivo cumplimiento pueda oponer la Administración, sino que postula, además, que los propios órganos judiciales reaccionen frente a ulteriores decisiones, y que lo hagan, esto es lo esencial, en el propio procedimiento incidental de ejecución, al cual es, sin duda, aplicable el principio *pro actione* que inspira el art. 24.1 CE. Sólo así se garantiza la eficacia real de las resoluciones judiciales firmes y, por ende, del control jurisdiccional de la administración, y sólo así pueden obtener cumplida satisfacción los derechos de quienes han vencido en juicio, *sin obligarles a asumir la carga de nuevos procesos, que resultaría incompatible con la tutela eficaz y no dilatoria que deben prestar los órganos judiciales*, los cuales deben interpretar y aplicar las leyes en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamen tal [...] sin perjuicio de que en el incidente de ejecución no puedan resolverse cuestiones que no hayan sido abordadas ni decididas en el fallo o con las que éste no guarde una directa e inmediata relación de causalidad» (FJ 2; el subrayado es nuestro); idea acogida también por el Tribunal Supremo, por ejemplo, en la STS de 24 de febrero de 1997 (Sala cuarta; ponente: Fernando Salinas Molina) según la cual: «es esencial que los órganos judiciales puedan reaccionar ante ulteriores actuaciones o comportamientos enervantes del contenido material de sus decisiones y que lo hagan, esto es lo esencial, en el propio procedimiento incidental de ejecución , pues sólo así, es dable interpretar, pueden obtener cumplida satisfacción los derechos de quienes han vencido en juicio, sin obligarles a asumir la carga de nuevos procesos, que resulta incompatible con la tutela eficaz y no dilatoria que deben prestar los órganos judiciales, los cuales deben interpretar y aplicar las leyes en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental (en esta línea, entre otras, las SSTC 32/1982, de 7 junio, 125/1987, de 15 julio, 167/1987, de 28 octubre y 194/1993, de 14 junio)» (FJ 4).

### 3.3.1. Principio de imparcialidad

En el proceso de ejecución también rige la exigencia de imparcialidad del tribunal. Parece sostenerse la idea contraria cuando se afirma la vigencia en la ejecución forzosa de un «principio de asimetría»<sup>232</sup> e, incluso, de un «principio de desigualdad»<sup>233</sup> relativo a las partes, afirmando que en el proceso de ejecución «el órgano jurisdiccional no es un árbitro estático e imparcial, sino el titular de una potestad ejecutiva sobre el patrimonio del responsable». Dicha concepción afirma que el tribunal no necesita ser imparcial en el mismo sentido que en el proceso de declaración, partiéndose, en cambio, de su adhesión objetiva a la satisfacción específica de las pretensiones del demandante. Esta concepción nos acerca a una noción del tribunal como órgano administrativo, al servicio de un interés público (dar efectividad del Derecho consagrado en el título ejecutivo) que coincidiría con el interés particular del ejecutante a la realización de la prestación consignada en el

---

<sup>232</sup> SOLCHAGA LOITEGUI, cita a FENECH (*Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1980) como autor del “principio de asimetría” y refrenda el mismo afirmando que «así como en el proceso declarativo las partes ocupan una posición (derechos, posibilidades, expectativas, cargas, etc.) similar, respecto del eje de simetría constituido por un Juez imparcial, el proceso de ejecución es asimétrico, de modo que el órgano jurisdiccional no es un árbitro estático e imparcial, sino el titular de una potestad ejecutiva sobre el patrimonio del responsable, si bien, al someterse a los trámites del proceso, se consigue un equilibrio asimétrico, consistente en actuar la sanción ordenada por el título ejecutivo, sin salirse de los límites del ámbito de éste y con el máximo respeto a los derechos del ejecutado» (SOLCHAGA LOITEGUI, Jesús, *El procedimiento de apremio sobre inmuebles*, Aranzadi, Pamplona, 1986; del mismo autor, «Derecho a la tutela judicial efectiva y ejecución singular civil», en AA. VV., *Ejecución de sentencias civiles*, CGPJ, Madrid, 1992, pág. 24). Sin embargo, FENECH, relacionando este principio con las partes, afirmaba que «la configuración asimétrica de en la posición de las partes no justifica en modo alguno que el juez deje de ser juez para convertirse en mero ejecutor» (Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, «Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación», *Justicia*, n.º III, 1987, pág. 298).

<sup>233</sup> ORTELLS RAMOS afirma la falta de vigencia del principio de igualdad pues, «las situaciones jurídicas activas y pasivas que integran el estatuto de las partes en la ejecución no son equivalentes para ejecutante y ejecutado. Por el contrario, el título ejecutivo ha colocado, por lo que se refiere al deber de prestación que el mismo establece, a la parte ejecutante en una posición de supraordinación y a la parte ejecutada en una posición de subordinación. El estatuto de la parte ejecutante contiene situaciones jurídicas activas, con cuyo ejercicio consigue que el tribunal ejerza sus potestades ejecutivas sobre el patrimonio y, en general, sobre la esfera jurídica del ejecutado, cuyo estatuto de parte contiene, principalmente, situaciones pasivas y de sujeción. [...] el ejecutado tiene también posibilidades defensivas. Incluso estas posibilidades están afectadas por la desigualdad, lo que manifiesta que la ley no admite que las mismas se ejerciten de modo previo a la resolución o a la actuación pedida por el ejecutante. Su ejercicio es posterior y sin que, por regla general, el mismo indique suspensión de los efectos de la resolución o actuación decretada» (Ortells Ramos, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, cit., págs. 724 y 725).

título. Desaparecería de este modo, en nuestra opinión, la distinción entre administración y jurisdicción. Pero ésta es una noción desvirtuada de la jurisdicción<sup>234</sup>, de la función del tribunal y de la posición de las partes ante éste que, según nuestra opinión, deben ser rechazadas<sup>235</sup>. Dicha noción confunde la eficacia que persigue el proceso de ejecución (como una de las garantías que justifica todo proceso) a partir de sus presupuestos específicos (el título ejecutivo y las presunciones legales que lo acompañan) y de su correlativo y lógico reflejo en el orden o estructura del proceso (despacho *inaudita parte debitoris*, preferencia por la satisfacción específica, etc.) con la renuncia a la necesidad de acierto de la aplicación del derecho así realizada, lo que es tanto como negar la justificación esencial de toda institución procesal.

---

<sup>234</sup> CHIOVENDA, señalando las diferencias intrínsecas entre ambas formas de actuación del ordenamiento (administración y jurisdicción), afirma que «existe incompatibilidad psicológica [...] entre la función del administrador y la del juez, puesto que el administrador puede estar dominado por la consideración del interés del Estado. De aquí se desprende la conveniencia de que la función jurisdiccional sea confiada a órganos autónomos, con objeto de que el encargado de actuar la ley no se inspire en otra consideración que lo que entienda ser, según su saber y su conciencia, la voluntad de la ley. Es necesario, además, para impedir las intromisiones de la administración en la justicia (de gabinete), que estos órganos sean independientes. Dichas exigencias se aprecian más en el período de conocimiento, en el que debiendo declararse cual sea la voluntad de la ley fundándose en un juicio lógico es mayor el peligro de que ese juicio esté influido por prevenciones subjetivas o por pasiones externas. Pero el peligro existe también en la ejecución forzosa; de aquí que no sea sólo por razones de simplificación administrativa por lo que les está confiada a los mismos tribunales» (CHIOVENDA Giuseppe, *Curso de Derecho Procesal Civil*, 1997 (sobre edición de 1936), cit., pág. 197).

<sup>235</sup> CARRERAS afirma tajantemente que «el titular del órgano jurisdiccional no está al servicio del acreedor, y que debe rechazarse toda postura doctrinal que parte más o menos explícitamente de esta concepción» pues «si el fin de la ejecución fuera satisfacer o realizar el derecho subjetivo, a costa del patrimonio del deudor que incumplió, podría decirse entonces que el titular del poder público está al servicio del acreedor, por tanto, cualquier acto que realizara, siendo en provecho de éste, debería considerarse adecuado a la función de la actividad ejecutiva. Por el contrario, el ejecutor ha de velar por los intereses legítimos de todas las partes en la ejecución, e incluso de los terceros, sin perjudicar indebidamente el interés legítimo del ejecutado, y limitando su actividad a lo estrictamente indispensable para que cese el desequilibrio patrimonial» (Carreras Llansana, J., *El embargo de bienes*, 1957, cit., págs. 28 y 29); También FERNÁNDEZ-BALLESTEROS afirma con rotundidad que «ni el Juez ni ninguno de los miembros que integran el órgano jurisdiccional están al servicio del acreedor ejecutante. Tampoco son sus “representantes” ni actúan como mandatarios suyos. La ejecución forzosa es ejercicio de una potestad pública, y esto significa, sobre todo, que el Juez, como parte integrante de su oficio, está tan obligado a satisfacer el interés del acreedor, actuando hasta sus últimas consecuencias la condena que contiene el título ejecutivo, como a proteger los derechos e intereses del ejecutado, evitando que se produzcan excesos en la ejecución» (*Derecho procesal civil, vol. III, La ejecución forzosa. Las medidas cautelares*, CERA, Madrid, 1995 (4.ª edición, primera de 1990), pág. 30; en el mismo sentido en *La ejecución forzosa y las medidas cautelares (en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil)*, Iurgium, Madrid, 2001, págs. 36 y 37).

Por nuestra parte, entendemos que la presunción que la ley impone al tribunal a partir del título ejecutivo, no supone pérdida alguna de imparcialidad: la voluntad del tribunal se limita a aplicar una presunción legal y no adopta por ello una posición de parte. En el mismo trámite de despacho de la ejecución, sin perjuicio de la eficacia que en él deba atribuirse a la presunción legal otorgada al título (tener por fundado el derecho al despacho de ejecución), sigue siendo necesaria la presencia de un órgano imparcial al existir aspectos no cubiertos por la presunción: la valoración de regularidad formal del propio título (base de la presunción); la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales; la correspondencia entre la pretensión formulada y el título ejecutivo; la determinación de los medios ejecutivos idóneos para satisfacer la pretensión considerando, al propio tiempo, su efecto sobre la esfera jurídica del deudor. Decisiones todas ellas necesitadas de cognición, resolución y, por ende, de imparcialidad. Dicha posición de imparcialidad se debe mantener durante todo el proceso tanto si, eventualmente, las partes dan vida al contradictorio mediante una impugnación como si no lo hacen. En el primer caso, la imparcialidad será necesaria para resolver la impugnación formulada (oposición del demandado al fundamento de la pretensión —oposición de fondo—, oposición a la regularidad de ejercicio del derecho al despacho de ejecución —oposición por defectos procesales—, impugnación de la adecuación al título de la extensión atribuida a la ejecución o de las medidas ejecutivas adoptadas —recurso ex art. 563 LEC— o impugnación de las medidas ejecutivas con base a criterios de estricta legalidad o de proporcionalidad —recursos ex arts. 551.5 y 562 LEC—). En el segundo caso, no obstante la pasividad de las partes, el tribunal deberá asegurar, *ex officio* (principio de conflictividad) el respeto a todas las garantías de acierto de las que hemos dado cuenta en el apartado anterior al adoptar las distintas decisiones que le exige tomar el proceso de ejecución fuera de las presunciones legales (prorrogar un plazo de lanzamiento o suspenderlo, ampliar un embargo o alzarlo...).

### 3.3.2. Principio dispositivo

El principio dispositivo está presente en el proceso de ejecución como garantía instrumental de la imparcialidad del tribunal. En efecto, este principio va más allá

de ser una mera consecuencia de la titularidad por el ejecutante de sus derechos (acción ejecutiva)<sup>236</sup>, siendo, como decimos, un instrumento de la independencia judicial. Si se pretende que el tribunal no sea agente del interés de ninguna de las partes sólo deberá considerar los intereses de éstas en la medida que la iniciativa para su satisfacción y defensa sea adoptada y fundamentada por ellos mismos. Sólo si la iniciativa para la tutela ejecutiva es de parte, el tribunal queda obligado a enfrentarse dicha pretensión como una mera expectativa (de la parte que la formula) cuya satisfacción (a cargo del tribunal) dependerá de su correcto ejercicio procesal y fundamentación (aunque esta venga facilitada por el título y goce de ciertas presunciones a las que el tribunal queda sometido salvo oposición) y no de la inclinación subjetiva o de la adhesión objetiva del tribunal (como reclamaría el principio de asimetría o desigualdad).

La función garantista atribuida al principio dispositivo, asociada al mantenimiento de la imparcialidad del tribunal, se reparte en el proceso de ejecución entre la iniciativa del demandante, que debe presentar una demanda de ejecución avalada por un título ejecutivo, y la del demandado, quien tiene la carga de oponerse a la ejecución en curso si quiere desvirtuar las presunciones legales que juegan en su contra. En efecto, una vez despachada ejecución, el sujeto demandado tiene la carga de alegar y probar (prueba en contrario) las causas que considere concurrentes para el sobreseimiento de la ejecución por defectos procesales (art. 559 LEC) o por inexistencia, extinción o ineficacia del derecho de acción (en los limitados términos de los arts. 556, 557, 560 LEC).

Por otra parte, es el principio dispositivo, precisamente, el que permite delimitar, al menos formalmente, entre el proceso de ejecución y el de declaración. En lugar de una *ex-secutio* o continuación del proceso declarativo en una nueva fase o etapa, la demanda de ejecución permite que la actividad de ejecución se desarrolle con

---

<sup>236</sup> Según DE LA OLIVA: «en el proceso civil de ejecución rige plenamente el principio dispositivo, cuya manifestación más inmediata es la necesidad de instancia de parte para que el proceso pueda iniciarse. Siendo la ejecución forzosa civil un proceso al servicio de la tutela jurisdiccional de derechos e intereses privados debe dejarse a los sujetos titulares de esos derechos o intereses decidir libremente si promueven o no el acceso al proceso y, en su caso, determinar el alcance de la tutela jurisdiccional que pretenden, que puede extenderse o no a la completa satisfacción del derecho o interés lesionado. Este es el papel que cumple la demanda ejecutiva» (De la Oliva Santos, Andrés, en AA. VV., *Derecho Procesal civil, tomo I*, 2000, cit., pág. 69).



autonomía, producto de un nuevo impulso de parte, expresión de una nueva voluntad y nuevo ejercicio del derecho a la tutela, permitiendo el distanciamiento del tribunal respecto de su decisión previa (la sentencia). Esta «cesura» entre declaración y ejecución, sobre todo al imponerse una espera de 20 días entre una y otra (art. 548 LEC), favorece el cumplimiento voluntario al margen del proceso.

Recientes reformas<sup>237</sup>, en línea con la aludida tendencia a la desprocesalización de la ejecución y a su deriva hacia una ejecución de naturaleza administrativa o «jurisdiccional sólo por conexión»<sup>238</sup>, han implantado una modalidad de ejecución de sentencia de desahucio denominada «ejecución directa» (también «lanzamiento directo», pues éste es su ámbito de aplicación) que, sin suprimir formalmente la pretensión ejecutiva, debilitan su función al servicio del principio dispositivo. La «ejecución directa», permite la acumulación de las pretensiones declarativa y de ejecución en la demanda con que se inicia el juicio declarativo de desahucio (art. 549.3 LEC), suprime el plazo de espera o *tempus iudicati* de 20 días del art. 548 LEC (art. 548 LEC) y, por tanto, permite que la ejecución se desarrolle sin solución de continuidad tras la sentencia, sin nueva instancia, convirtiendo la ejecución en la prosecución de oficio del proceso previo.

### 3.3.3. Principio de conflictividad

El carácter incierto de la aplicación del derecho al caso concreto es una de las razones de orden epistemológico del proceso (la otra es la resistencia volitiva al cumplimiento). Esta razón no puede obviarse en el proceso de ejecución. El principio de conflictividad afirma que no pueden obviarse estas incertidumbres (o, lo que es lo mismo, no puede resolverse «de plano») en nombre de una aplicación expeditiva del derecho, de una total «impulsividad ejecutiva», de una absoluta primacía de la celeridad frente a la justicia (lo que se ha dado en llamar —DE LA OLIVA— el «justicierismo» del legislador).

---

<sup>237</sup> Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios.

<sup>238</sup> Y de la que nos ocuparemos con más detenimiento en el capítulo siguiente.

El proceso de ejecución tiene, en efecto, como presupuesto específico un título ejecutivo que ampara la pretensión formulada con presunciones que, o bien no admiten prueba en contrario, (normalmente, el nacimiento del deber consagrado en la sentencia) o bien subordinan el surgimiento del conflicto en algunos aspectos (la vigencia o eficacia de la *causa petendi* —acción ejecutiva— al tiempo de la demanda ejecutiva) a la actitud beligerante o impugnatoria del demandado (mediante la oposición a la ejecución)<sup>239</sup>. La anterior afirmación no impide considerar que el objeto del proceso de ejecución, centro de la actividad procesal, es, como en todo proceso, una cuestión incierta relativa a la aplicación del Derecho y, por ello, la génesis de un conflicto gnoseológico o cognoscitivo a resolver por el tribunal (aun cuando, al propio tiempo, el proceso avance, sin pérdida de tiempo, en la satisfacción del acreedor). La incertidumbre se manifiesta en este proceso, como hemos analizado al tratar de su razón de ser, en distintos aspectos o elementos: la existencia, vigencia y eficacia de la acción, la concurrencia de presupuestos procesales, el sentido y alcance objetivo y subjetivo de la acción en relación con el título ejecutivo y la pretensión formulada, la delimitación de los medios de ejecución pertinentes, la identificación en lo concreto de la esfera jurídica del deudor, la identificación de aquellos aspectos de dicha esfera intangibles a la ejecución o protegidos frente a la misma, la proporcionalidad de los medios de ejecución seleccionados en función de su eficacia para la satisfacción del acreedor al tiempo que preservan los derechos del demandado, la determinación de la imposibilidad de cumplimiento específico, la determinación del alcance de la novación objetiva o subjetiva de la acción.

Puede afirmarse, por consiguiente, que la incertidumbre relativa a la aplicación del derecho en proceso de ejecución no es menor que en el proceso de declaración aunque sí que es más heterogénea. Del mismo modo, puede afirmarse el carácter «latente» de algunos aspectos del conflicto, por cuanto sólo se manifestarán procesalmente como tales conflictos a partir de ciertos actos de parte demandada: la oposición a la ejecución por motivos de fondo, por defectos procesales o

---

<sup>239</sup> También en algunos procesos civiles declarativos (juicio desahucio y juicio monitorio) la actitud pasiva del demandado condiciona el grado de indagación exigida al tribunal.

mediante recursos<sup>240</sup>; es decir, los diferentes aspectos de la conflictividad inherentes al proceso de ejecución deben resolverse por el tribunal, sea de oficio o en repuesta a la impugnación de las partes.

No debe pensarse que las decisiones adoptadas por el tribunal en los aspectos conflictivos señalados son ajenas o meramente incidentales respecto del objeto principal del proceso de ejecución, es decir, la aplicación del derecho (acción ejecutiva) delimitada por la pretensión ejecutiva del demandante. La resolución de cada una de las cuestiones expuestas contribuye a la determinación progresiva del orden jurídico en el caso concreto para el que se ha formulado la pretensión y contribuirá a la satisfacción de un interés protegido jurídicamente para alguna de las partes (sea del demandante, sea del demandado mediante el sobreseimiento de la ejecución). Sólo en virtud de tal dimensión conflictiva de la ejecución y la acertada aplicación (ejecutiva) del derecho que proporciona, esta merece ser considerada un verdadero proceso a través del cual se realiza la jurisdicción.

El mecanismo contradictorio aumenta, sin duda, el juego de la conflictividad, pero no lo monopoliza. La oposición del demandado puede llevar nuevamente al terreno de la cognición la actividad procesal ejecutiva ya acordada e incluso en curso de cumplimiento mediante incidentes de oposición a la ejecución o mediante la interposición de recursos dirigidos contra actos concretos de ejecución. La contradicción permite la aportación a la pretensión formulada por el demandante de

---

<sup>240</sup> Aun así, debemos recordar que el mecanismo consistente en atribuir mayor o menor certeza al objeto procesal en función de la actitud y la conducta procesales del demandado tampoco es ajeno al proceso de declaración, como se puede comprobar en aquellos juicios en los que la incomparecencia del demandado a la vista del juicio origina su condena, resolviéndose el conflicto jurídico en atención al dato proporcionado por su propia conducta. BARRIOS DE ÁNGELIS denomina «regla de proporción» aquella por la que «la estructura [del proceso] se halla en razón inversa a la evidencia del objeto». Es decir, aquella por la cual el objeto del proceso (entendido por este autor como objeto gnoseológico o incertidumbre relativa a la aplicación del derecho) puede tener mayor o menor extensión según diversas circunstancias del caso. Pone este autor el ejemplo del juicio monitorio documental en que el documento inicial proporciona un grado de certeza mayor que una simple pretensión; también el de los procesos en que se produce una confesión lisa y llana de la pretensión que facilita una decisión inmediata. En todos aquellos procesos declarativos (entre los que se cuentan los monitorios, los juicios para efectividad de derechos inscritos y los de desahucio por falta de pago de la renta —art. 440.2 y 3 LEC—) en los que la falta de comparecencia del demandado ocasiona la condena: la pasividad del demandado, que no desencadena la contradicción esperada, determina el fin del conflicto.

ulteriores consideraciones del demandado y aun de terceros (oposición a la ejecución o contrapretensión): contribuye en este sentido a precisar el alcance del conflicto a resolver por el tribunal, a delimitar su *thema decidendi*, si bien, en términos generales, éste no es otro que la pretensión de realización del derecho consagrado en el título con el alcance que permitan la naturaleza y la realidad de la esfera jurídica del demandado<sup>241</sup>.

Aun cuando pudiera afirmarse que la satisfacción procede ya del despacho dictado *inaudita parte debitoris* sobre la base del título (sin conflictividad alguna), debe notarse que, por una parte, la cognición es necesaria incluso para determinar la procedencia del despacho y, por otra, que con el despacho se inicia la satisfacción pero ésta debe desarrollarse y puede revisarse, determinando la modificación o el sobreseimiento de la ejecución, mediante ulteriores resoluciones.

### 3.3.4. Principios de conexión con el derecho material y de proporcionalidad

#### A. Principio de conexión con el derecho material

El denominado principio de derecho material afirma que «el Derecho material protagoniza todo el proceso desde el primer acto ejecutivo y que debe acudir al Derecho material o sustantivo para encontrar los preceptos a los que deban

---

<sup>241</sup> Aun admitiendo que no todas las cuestiones susceptibles de resolución, impugnación y contradicción en el curso del proceso forman parte de su objeto en sentido técnico (pretensión ejecutiva) lo cierto es que todas ellas son relevantes en la medida que surgen con ocasión de la actividad encaminada a dar satisfacción a la pretensión, por lo que, pese a su naturaleza subordinada o secundaria, debe considerarse que su resolución forma parte no sólo de la actividad jurisdiccional ejecutiva, sino, antes aún, de su razón de ser. Como señala ORTELLS RAMOS «La resistencia del demandado, incluso las excepciones materiales o de fondo, no supone introducción de un nuevo objeto procesal, ni ampliación del mismo, al menos desde el punto de vista de la acepción estricta del objeto del proceso, aunque, en un sentido amplio, la resistencia es, sin duda, materia de discusión y resolución en el proceso. El demandado, en cuanto se limite a resistir, no influye en la determinación del objeto del proceso, sino que solo introduce alegaciones para que sea resuelto en sentido favorable a él el objeto procesal propuesto por el actor» (Ortells Ramos, en AA. VV., *Derecho Jurisdiccional. II. Proceso Civil*, J.M. Bosch Editor, Barcelona 1995, pág. 86). Este sentido amplio del concepto de objeto del proceso es para este autor «el que tiene la expresión “pretensiones de las partes” (no sólo del actor) en el art. 218.1 LEC; la expresión “objeto del proceso” como algo establecido en la contestación —además de en la demanda y en la reconvención— que usaba el art. 412 LEC, además de otros ejemplos que podrían apuntarse» (Ortells Ramos, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra), 2000, págs. 254 y 255).

acomodarse determinados actos»<sup>242</sup>. Gran parte de las incertidumbres que el tribunal afronta en la determinación del alcance de la acción ejecutiva o de la esfera jurídica del deudor en que debe hacerse efectiva la responsabilidad debe resolverlas mediante la interpretación y aplicación de normas de derecho material; es éste el que permite establecer el sentido del título cuando es confuso, la identificación de la esfera jurídica del deudor, los límites entre esferas jurídicas de los diferentes sujetos, el efecto reflejo o directo que la sentencia puede producir en determinadas titularidades subordinadas, la presencia en la esfera del deudor de derechos fundamentales que pudieran verse afectados por la ejecución, etc. Además, el principio de derecho material reclama la aplicación de las normas materiales apropiadas para resolver la cuestiones planteadas, cualquiera que sea su rango y naturaleza, incluidas las normas constitucionales <sup>243</sup>. La invocación de las normas constitucionales en la ejecución supone la exigencia de amparo durante la ejecución de situaciones jurídicas no expresamente contempladas por las normas procesales pero en las que resulten afectados derechos constitucionales, como suelen ser las situaciones de vulnerabilidad que provoca la ejecución con riesgo para su vida, integridad física, salud, intimidad...

---

<sup>242</sup> SALINAS MOLINA, Fernando, «Lo contencioso en la ejecución: cuestiones incidentales y oposición» en *Puntos críticos en ejecución de sentencias*, CGPJ, Madrid, 1999, págs. 142 y 143. Exponen este principio PRIETO CASTRO, Leonardo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, II, 1985, pág. 695 y FENECH NAVARRO, Miguel, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1980. Por su parte, SOLCHAGA LOITEGUI, destaca también este principio afirmando que «en el proceso de ejecución (como característica que lo destaca del declarativo y, por supuesto del cautelar, esto es, que lo identifica), el Derecho material protagoniza todo el proceso desde el primer acto ejecutivo; de modo que tiene el privilegio de decir la primera y última palabra sobre la naturaleza y propiedad de los bienes embargados, sobre la garantía de la afección de los bienes, ya sea con medios registrales o mediante depósito, administración o intervención de ésta, actos todos ellos regidos por el Derecho material, lo mismo que la realización forzosa, el pago, los títulos que esgrimen los terceros que se oponen al embargo, etc.» (Solchaga Loitegui, Jesús, *El procedimiento de apremio*, 1986, cit., págs. 34 y 35).

<sup>243</sup> Como señala TARUFFO, «no es extraño que el juez se encuentre en la situación de tener que decidir en ausencia de normas o de situaciones jurídicas preexistentes. Esto se produce siempre que se carece de una específica norma sustantiva ordinaria que gobierne el supuesto de hecho y, por tanto, se plantea la alternativa entre declarar que ese supuesto de hecho carece de calificación jurídica (y, en consecuencia, carece de tutela jurisdiccional) y “buscar en otra parte”» (en las normas constitucionales directamente aplicables, en los principios generales del ordenamiento, en el *common law*, en la práctica comercial, etc.) un criterio sustantivo de juicio que permita calificar el supuesto de hecho como jurídicamente relevante y, en consecuencia, considerarlo como tutelable en sede jurisdiccional» (Taruffo, Michele, «Leyendo a Ferrajoli: Consideraciones sobre la Jurisdicción», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31 (2008), págs. 388 y 389).

## *B. Principio de proporcionalidad*

### a) Ubicación sistemática del principio en la ponderación de derechos

Una faceta específica del principio de derecho material atiende, como acabamos de señalar, a los derechos fundamentales del deudor<sup>244</sup> que pudieran verse afectados o restringidos por la ejecución y la determinación del grado de afectación o restricción de los mismos que puede resultar constitucionalmente admisible. El grado de afectación admisible de los derechos constitucionales del ejecutado en el proceso es siempre el resultado de una ponderación de derechos cuya satisfacción plena y simultánea no es posible. La ponderación es la actividad consistente en delimitar el alcance respectivo de varios derechos en presencia<sup>245</sup> (derechos del demandante a la tutela efectiva —como poseedor de un título ejecutivo— y a la propiedad, por ejemplo, —si es que la propiedad es el derecho material que avala el título ejecutivo— y derechos del demandado afectados por la ejecución, derecho a la vivienda por ejemplo,

---

<sup>244</sup> Incluimos entre los derechos fundamentales cualesquiera posiciones jurídicas subjetivas amparadas por normas constitucionales (posiciones ius-fundamentales) aun cuando las normas que las amparan tengan naturaleza vinculante exclusivamente como principios, entendidos —siguiendo la concepción de ALEXY— como mandatos de optimización de resultados, tal como ocurre con las posiciones que consagra el capítulo III del Título primero de la CE cuyo reconocimiento, respeto y protección vincula al legislador, a la administración y al tribunal: art. 53.3 CE. Para muchos autores estos principios no consagran, pese a la terminología empleada, derechos fundamentales. Sobre esta cuestión nos ocuparemos ulteriormente. En todo caso, debe tenerse en cuenta la interrelación entre los derechos económicos y sociales y los derechos civiles y políticos, de modo que, por ejemplo, la vulneración del derecho a la vivienda —como derecho social consagrado en el art. 47 CE— puede suponer vulneración del derecho a la intimidad —como derecho civil consagrado en el art. 17 CE— por lo que la calificación como derechos fundamentales que damos a los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en el cap. III del tit. I CE no es determinante de la validez (aunque sí de la extensión) del argumento que exponemos en el texto principal.

<sup>245</sup> Como se ve, la ponderación no sólo se realizan con base en el principio de proporcionalidad; afirma BARNÉS VÁZQUEZ que «la ponderación de bienes e intereses constituye una técnica tan profusamente invocada y, desde luego, utilizada, como poco definida. En términos muy simples, consiste en el análisis comparativo entre diversos bienes, derechos o valores jurídicos, íntimamente enlazados por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, en el entendimiento de que en conjunto forman un sistema unitario. Analiza los elementos en conflicto, sus recíprocas interacciones, y su línea de frontera, lo cual, por lo pronto, requiere identificar el contenido básico de cada una de las partes en juego» (Barnés Vázquez, J., «El principio de proporcionalidad...», 1998, cit., pág. 35). En contra de esta definición, considerándola definitoria, en cambio, del principio de proporcionalidad en sentido estricto, BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3.ª ed. actualizada, Madrid, 2007 (1.ª ed. de 2003), págs. 569 a 574; con crítica a la postura de Barnés en nota 13.

y, con ella —por el amparo que le proporciona—, su integridad física, su vida privada, su intimidad, etc.). Tal ponderación (que delimitará el alcance respectivo: el grado de restricción del derecho a la vivienda, a la integridad física, a la vida privada compatible con la tutela efectiva de la propiedad) debe responder (para no ser arbitraria) a principios jurídicos auxiliares de rango constitucional, como son el principio de proporcionalidad o el principio democrático<sup>246</sup>.

El primer principio jurídico-constitucional relevante para realizar la ponderación de derechos es el principio democrático, que, precisamente en un Estado democrático de Derecho (art. 1.1 CE), atribuye al parlamento (y, en el marco legal establecido por éste, al gobierno) la función de construir (dentro del marco constitucional) el ordenamiento jurídico infraconstitucional según criterios políticos e ideológicos propios del juego democrático. El principio democrático autoriza a «desequilibrar» (restringiendo unos más que otros) la ecuación (de otro modo absoluta) entre derechos fundamentales siempre que en dichas restricciones o regulaciones se respete el principio de legalidad (art. 9 y 53.1 CE) y el de proporcionalidad, teniendo presente, como límite de especial intensidad para aquellos derechos en que se haya señalado, su contenido esencial (art. 53.1. CE). El principio de proporcionalidad<sup>247</sup> coadyuva a la ponderación al ofrecer

---

<sup>246</sup> Siguiendo de nuevo a BARNÉS VÁZQUEZ el juicio de ponderación envuelve más elementos que el de proporcionalidad: «la ponderación constituye un género más amplio, que comprende y admite juicios o perspectivas diferentes, mientras que la proporcionalidad en sentido propio no es más que una de sus modalidades posibles, tan solo preocupada por la razonable relación de costes y beneficio. El juicio de proporcionalidad, pues, como especie o variante de la ponderación de bienes e intereses» (pág.35); «En los supuestos de conflicto o colisión entre derechos, la proporcionalidad *en sentido amplio*, constituye un criterio más de la ponderación, con todos sus ingredientes (utilidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*) [...] el término de comparación del juicio de proporcionalidad está compuesto por derechos enfrentados: la restricción de una libertad (medio) en beneficio de otra (fin). Aun presuponiendo que ninguno de los derechos en cuestión ceda por entero hasta desaparecer, el principio de proporcionalidad impide que se sacrifique inútilmente, más allá de lo necesario o en forma desequilibrada un derecho a favor de otro» (Barnés Vázquez, J., «El principio de proporcionalidad...», 1998, cit., págs. 36 y 37; la cursiva es del original).

<sup>247</sup> En este contexto «el principio de proporcionalidad es también conocido por la doctrina y la jurisprudencia europea y comparada como “proporcionalidad de los medios”, “proporcionalidad del sacrificio”, “proporcionalidad de la injerencia”, “prohibición de exceso”, etc. [...], sin embargo, el término “principio de proporcionalidad” en sentido amplio el que ha hecho fortuna» (BARNÉS VÁZQUEZ, J., «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, septiembre-diciembre, 1998, pág. 19); Su origen en la doctrina y jurisprudencia alemana (precedentes, a su vez, del Derecho administrativo prusiano del siglo XIX) puede verse en BARNÉS VÁZQUEZ, *ibidem*, págs. 23 y 24. En el Derecho procesal español, GONZÁLEZ DE CUELLAR SERRANO AFIRMA que «comenzó a ser objeto de estudio doctrinal a finales de la década de los ochenta», sobre

critérios objetivos y racionales (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) que permiten limitar las restricciones que pueden imponerse a un derecho fundamental en satisfacción de otro conforme al juego del principio democrático.

Si el principio democrático sólo puede aplicarlo el legislador (o el poder ejecutivo en el marco de la ley: discrecionalidad política y potestad reglamentaria —art. 97 CE—), el principio de proporcionalidad en la ponderación entre derechos fundamentales es aplicado tanto por el legislador como por los tribunales. Como afirma la STC 85/1992, de 8 de junio (Sala segunda; ponente: Eugenio Díaz Eimil; relativa al conflicto entre el derecho a comunicar información y el derecho al honor) el principio de proporcionalidad es un «principio inherente al Estado de Derecho cuya condición de canon de constitucionalidad, reconocida en sentencias del más variado contenido, tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones, procedan éstas de normas o resoluciones singulares» (FJ 4). En el mismo sentido, en la STC 19/1988, de 16 de febrero de 1988, afirma que «al margen de la pena abstracta, en el proceso aplicativo de la pena al caso concreto, el órgano judicial puede infringir la proporcionalidad en su aplicación» (FJ 8).

La ponderación realizada por el legislador la que difiere de la realizada por el tribunal pues este último está sometido a las leyes aplicables al caso (y a la ponderación realizada por el legislador que contienen) que vienen determinadas por el caso concreto en que en cuyo marco se realiza la aplicación del derecho sin que exista margen de decisión política. En este sentido, el TC, en Sentencia, 55/1996, de 28 de marzo (Pleno, ponente: Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, relativa a la proporcionalidad de las penas), ha afirmado que «La posición constitucional del legislador [...] obliga a que la aplicación del principio de proporcionalidad para

---

todo en la órbita del proceso penal (González de Cuellar Serrano, Nicolás, «El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, sept.-dic. 1998, págs. 191 y 192). Según MEDINA GUERRERO su uso en la jurisprudencia del TC fue durante largo tiempo irregular, en cuanto fragmentario y asistemático, siendo la STC 55/1996 (cuestión de inconstitucionalidad; Pleno; ponente: Carles Viver Pi-Sunyer; sobre la desproporción de las penas en materia de objeción de conciencia) «el verdadero *leading case* en la materia» (Medina Guerrero, Manuel, «El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales», *Cuadernos de Derecho Público*, número 5, pág.121). Una breve reseña de su expansión en ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, «El Tribunal Constitucional, la Ley y el principio de proporcionalidad», pág. 5.



controlar constitucionalmente sus decisiones deba tener lugar de forma y con intensidad cualitativamente distinta de las aplicables a los órganos encargados de interpretar y aplicar las leyes [...] el legislador no se limita a ejecutar o aplicar la Constitución sino que, dentro del marco que esta traza, adopta libremente las opciones políticas que en cada momento estima más oportunas» (FJ 6).

#### b) Criterios para determinar la proporcionalidad

Toda regulación o restricción por el legislador del ejercicio (o satisfacción) de un derecho fundamental debe obedecer a fines que sean legítimos según la propia Constitución (fines que pueden consistir, obviamente, en la tutela de otros derechos fundamentales —entre los cuales se cuenta el derecho a la tutela efectiva—, en cuyo caso dicha regulación o restricción será, al propio tiempo, una ponderación de derechos fundamentales —que reclama el principio de proporcionalidad—)<sup>248</sup>; además, cuando se trata de derechos mencionados en el art. 53.1 CE la regulación o restricción debe estar consagrada en una norma con rango legal y debe respetar el contenido esencial del derecho<sup>249</sup>. Pero con ello no es suficiente: ni siquiera fines

---

<sup>248</sup> Destaca DIEZ-PICAZO que según el TC y el TEDH los intereses públicos que pueden restringir derechos fundamentales de acuerdo con el principio de proporcionalidad son aquellos reconducibles a valores o bienes constitucionales pues «sólo en nombre de la propia constitución y no de simples intereses de la correspondiente mayoría parlamentaria, por legítimos que sean, cabe restringir el alcance de normas constitucionales [...] es precisamente aquí, dicho sea incidentalmente, donde despliegan toda su virtualidad los principios rectores de la política social y económica: encarnan valores de rango constitucional (salud, medio ambiente, pleno empleo, etc.), en cuyo nombre cabe justificar ciertas intervenciones legislativas sobre genuinos derechos fundamentales» (Díez-Picazo Giménez, L. M.<sup>a</sup>, «Desarrollo y regulación de los derechos fundamentales», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 20/2001, ed. digital Aranzadi Westlaw.es, BIB 2002/31).

<sup>249</sup> La legitimidad de la finalidad perseguida, así como el rango de la norma que la consagra (y algunas exigencias específicas para casos concretos, como su adopción a través de un procedimiento determinado —art. 33.3 en relación con la expropiación— o la necesidad de motivación) se consideran, junto con la proporcionalidad, límites a la restricción de un derecho de carácter externo al propio derecho (no dicen nada de su alcance en sí); el contenido esencial del derecho constituiría, en cambio, un límite a la restricción interno al propio derecho (porque sí dice sobre el contenido del derecho) (vid. BARNÉS VÁZQUEZ, J., «El principio de proporcionalidad...», 1998, cit., pág. 41); GONZÁLEZ DE CUELLAR, por el contrario, considera que la legalidad de la restricción (su amparo en una norma de este rango) y la legitimidad del fin perseguido con la restricción son «presupuestos» del principio de proporcionalidad, y la judicialidad de la restricción (en los casos en que la CE impone la intervención de un órgano judicial para la limitación: arts. 17.2 y 4; 18.2 y 3; 20.5 y 22.4 CE) y la motivación de la misma son «requisitos extrínsecos» del principio de proporcionalidad; en cambio, adecuación, necesidad y proporcionalidad serían requisitos intrínsecos del principio (GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, «El principio de proporcionalidad...», 1998, cit., págs. 194

legítimos en los términos expuestos permiten restringir *de cualquier modo o con cualquier alcance* los derechos fundamentales<sup>250</sup>. El TC ha declarado que toda restricción a un derecho fundamental debe obedecer al principio de proporcionalidad en relación con los fines legítimos que persigue y que sólo podrá restringirse un derecho fundamental si tal restricción responde a tres criterios: (1) es útil o adecuada para alcanzar los fines previstos (criterio o principio de adecuación), (2) es imprescindible para alcanzarlos, no existiendo alternativas menos gravosas e igualmente efectivas (principio o criterio de necesidad), y (3) el grado de la restricción o carga para el derecho fundamental está equilibrado (es racional<sup>251</sup> o proporcional) con la importancia de los beneficios obtenidos para la finalidad perseguida (criterio o principio de proporcionalidad en sentido estricto).

---

a 196). Según GAVARA DE CARA, «la finalidad es la justificación inicial del límite, es decir, las razones por las que se adopta la medida restrictiva en el derecho fundamental. En este sentido, se podrían excluir constitucionalmente las regulaciones que carezcan de finalidad, aunque en la práctica no se dan estas situaciones, ya que hay que tener en cuenta que no es necesario que esta finalidad sea explicitada por el poder legislativo, es suficiente que la finalidad sea implícita con lo que no se plantean dificultades para poder deducir dicha finalidad de la intención objetiva o subjetiva del poder legislativo» (GAVARA DE CARA, Juan Carlos «El principio de proporcionalidad...», 2003, cit.).

<sup>250</sup> Y ello aun cuando se respete su contenido esencial. Esta afirmación, que resalta la insuficiencia de las limitaciones «internas al propio derecho» revela el acierto de la afirmación de Alexy: en toda disposición de derecho fundamental (cada artículo constitucional que consagra un derecho fundamental, por ejemplo) puede existir una regla jurídica que delimite con precisión un núcleo indisponible por el legislador y que impone a este deberes públicos subjetivos concretos (al menos, la prohibición de regular contra su contenido esencial) pero, además, existirá siempre un principio jurídico que impone al legislador un mandato de optimización o máxima expansión de la posición jurídica protegida sin perjuicio de que el principio democrático permita al legislador establecer libremente (políticamente) preferencias en la búsqueda de satisfacción de los distintos derechos fundamentales.

<sup>251</sup> DÍEZ PICAZO señala que el criterio de proporcionalidad en sentido estricto se distingue a veces del criterio de razonabilidad en cuanto «esta última exige simplemente que los actos de los poderes públicos se ajusten a los cánones de sentido común generalmente admitidos, no que dichos actos sean gravosos para el particular en el menor grado posible. Así, la razonabilidad representaría un test menos exigente –arraigado en algunos ordenamientos, como el inglés–, ya que no requiere la minimización de la intervención, sino sólo que ésta no sea absurda» (Díez-Picazo Giménez, Luis María «Desarrollo y regulación de los derechos fundamentales», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 20/2001); para BARNÉS VÁZQUEZ la razonabilidad «se predicaría de la medida en sí, esto es, de su justificación racional, con carácter absoluto, al margen y con independencia de cualquier otro factor o circunstancia concurrente, por contraste con la proporcionalidad que, según sabemos, no existe en abstracto: algo es o no proporcionado siempre por relación [...]» por ello «cuando se sostiene que el sacrificio ha de guardar una *razonable relación* de proporcionalidad con la finalidad perseguida» se está calificando como irracional toda desproporción constitucionalmente relevante haciendo de la proporcionalidad una especie del género de la razonabilidad (BARNÉS VÁZQUEZ, J., «El principio de proporcionalidad...», 1998, cit., págs. 37 y 38; la cursiva es del original).

El criterio de adecuación (1) exige que la medida restrictiva sea adecuada cualitativa y cuantitativamente. La adecuación cualitativa tiene lugar cuando las medidas son aptas por su propia naturaleza para satisfacer los fines que persiguen; la cuantitativa cuando su duración e intensidad son exigidas por la finalidad concreta que pretenden alcanzar. Un buen ejemplo de consagración por la legislación procesal de este criterio es el art. 552 LECrim., según el cual «al practicar los registros deberán evitarse las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario, y se adoptarán todo género de precauciones para no comprometer su reputación, respetando sus secretos si no interesaren a la instrucción». Los sub-criterios de adecuación (1) y necesidad (2) analizan la viabilidad de alternativas a la restricción (la efectividad del medio restrictivo propuesto para satisfacer el fin perseguido —criterio de adecuación— o la existencia de una alternativa menos gravosa para satisfacerlo —criterio de necesidad—) en tanto que el tercero, el denominado criterio de proporcionalidad en sentido estricto (3) analiza la correlación que debe existir entre sacrificio y satisfacción, exigiendo que el grado de sacrificio de uno de los intereses o bienes sea correlativo al beneficio o satisfacción de aquellos que resultan satisfechos con la restricción<sup>252</sup>.

---

<sup>252</sup> El modelo para determinar dicha correlación ha sido criticado. ALEXY utiliza la que denomina «ley de ponderación» afirmando que «la medida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios [principios entendidos como las normas de reconocimiento y protección de cada derecho fundamental] depende del grado de importancia de la satisfacción del otro» y pone de manifiesto que «el peso de los principios no es determinable en sí mismo o absolutamente, sino que siempre puede hablarse tan solo de pesos relativos» (*ibidem*, pág. 161). Por tanto, tal como resume MORESO, la ponderación de principios, según Alexy, puede ser dividida en tres etapas. «La primera etapa comporta el establecimiento del grado de no satisfacción del primer principio. La segunda etapa consiste en establecer el grado de satisfacción del principio en pugna con el primero. Finalmente, la tercera etapa evalúa si la importancia de la satisfacción del segundo principio justifica la falta de satisfacción del primero», dividiendo luego la afectación a un derecho determinado en tres grados: leve, medio y grave, de lo que resulta que «las vulneraciones leves de un derecho fundamental ceden ante la protección media y grave de otro derecho fundamental, y las medias ceden ante las graves. Quedan tres casos de empate, en donde [...] el legislador goza de discreción» (Moreso, José Juan, «Alexy y la aritmética de la ponderación», en *Derechos sociales y ponderación*, 2009, págs. 227 y 228). MORESO critica este mecanismo pues no clarifica el criterio para calificar una afectación como leve, moderada o grave, de modo que sea comparable con la clasificación de leve, moderada o grave del principio opuesto (*ibidem*, págs. 232 y 233). Propone, para superar esta dificultad (y otras), un modelo que denomina especificacionista frente al modelo proporcionalista de Alexy (*ibidem*, para la crítica: págs. 230 a 234; para la solución: págs. 235 a 248). También crítico con la teoría proporcionalista de Alexy, GARCÍA AMADO, quien la considera innecesariamente compleja, inferior a las teorías especificacionistas y, por tanto, fuente de posible vaguedad valorativa (García Amado, Juan Antonio, «El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica», en *Derecho sociales y proporcionalidad*, cit., págs. 249 a 332, *pássim*); otra crítica más matizada, relativizando la diferencia entre reglas y principios, en GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, «¿Existen diferencias entre reglas y principios en el Estado constitucional?. Algunas notas sobre la teoría de los principios de Alexy», en *Derecho sociales...* cit., págs.

El TEDH también ha exigido que la restricción de los derechos que consagra el Convenio Europeo de Derechos Humanos responda a la proporcionalidad lo que implica analizar la necesidad que motiva la restricción (su existencia y relevancia) y la relación que guarda dicha necesidad con la restricción impuesta (proporcionalidad en sentido estricto o racionalidad)<sup>253</sup>.

c) Fundamento del principio de proporcionalidad en la protección mediante principios de los derechos fundamentales.

La exigencia de un juicio de proporcionalidad se ha justificado, con carácter general, en nuestro ordenamiento, en la cláusula del Estado de Derecho y el valor

---

333 a 370, *pássim*; también crítico, en su caso por las consecuencias de incertidumbre y judicialización que implica, PARDO, Celestino, «Reivindicación del concepto de Derecho subjetivo», en *Derecho sociales*, cit., págs. 371 a 404, *passim*.

<sup>253</sup> Siguiendo a BARDO FASSBENDER el TEDH desde el año 1976 (*caso Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976; relativo a la libertad de expresión, art. 10 del CEDH) controla las condiciones para la limitación de los derechos fundamentales con la exigencia de previsión legal de la medida, finalidad legítima del fin perseguido con la limitación y, por último, con el criterio de su «necesidad en una sociedad democrática», siendo en la interpretación de este último criterio del que el TEDH ha derivado el principio de proporcionalidad. Señala el autor citado que para el TEDH, «en una sociedad democrática» (aquella que concede más importancia a la libertad del ciudadano) una medida restrictiva de un derecho no es necesaria para conseguir un fin público (aunque sea legítimo y previsto en la ley) si la necesidad no es una necesidad social apremiante y la restricción que conlleva es proporcionada a su importancia (Bardo Fassbender, «El principio de proporcionalidad...», 1998, cit., pág. 54). En efecto, aunque el principio de proporcionalidad no está recogido de modo expreso en el CEDH, el TEDH lo ha derivado de los límites que el Convenio establece para la restricción de los derechos fundamentales que reconoce en los arts. 8 a 11 (vida privada; libertad de pensamiento, conciencia y religión; libertad de expresión y libertad de reunión y asociación) y en el art. 2.3 del Cuarto Protocolo Adicional (libertad de circulación, elección de residencia y salida del país). En el apartado 2 de cada uno de los artículos mencionados (y en el 3 del art. 2 del Cuarto Protocolo Adicional) el convenio admite su restricción, pero requiere la presencia de un interés general (específico para cada derecho), la previsión legal de las medidas restrictivas y la consideración de tales medidas como «medidas necesarias en una sociedad democrática». A través de esta última exigencia el Tribunal construye el principio de proporcionalidad que posteriormente extiende a otros derechos en los que no se menciona expresamente dicho límite (aunque si se contempla su restricción): arts. 11. del Primer Protocolo Adicional: derecho a la propiedad privada; 1.2 del Séptimo Protocolo Adicional: protección de extranjeros frente a la expulsión; e incluso a supuestos en que no se reconoce expresamente la posibilidad de limitaciones: arts. 4, 6.1, 12, 14 y art. 3 del primer protocolo adicional (prohibición de esclavitud y trabajos forzados; derecho a la audiencia por un tribunal; derecho a la libre elección de pareja en el matrimonio; prohibición de discriminación y deber de celebrar elecciones libres, respectivamente); seguimos la exposición de BARDO FASSBENDER, «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, septiembre-diciembre, 1998, *pássim*.

de la justicia (art. 1.1 CE)<sup>254</sup>; en este sentido, si bien los derechos fundamentales pueden regularse, restringirse (con respeto a su contenido esencial) y, en ciertas condiciones (tasadas constitucionalmente cuando se trata de derechos dotados de contenido esencial), llegar a suprimirse (como ocurre con la entrada en domicilio con relación al derecho a la intimidad o la expropiación respecto a la propiedad, por ejemplo), no pueden serlo (en un Estado de Derecho que consagra la justicia como principio superior de su ordenamiento —art. 1.1 CE— y para el cual los derechos humanos son fundamento del orden político y la paz social —art. 10.1 CE—) sin una justificación que no es sólo genérica (comprendida en la exigencia de una finalidad legítima a la restricción o supresión) sino también específica (comprendida en la exigencia de proporcionalidad de la restricción o supresión).

Al explicar esta realidad desde el punto de vista de la naturaleza y eficacia de las normas, ALEXY sostiene que cada derecho fundamental —cada posición jurídica subjetiva calificada como *iusfundamental*— reconocido constitucionalmente es expresión o resultado reflejo de una norma jurídica que pertenece siempre (aun que no únicamente: existen derechos amparados simultáneamente por reglas y por principios) a la categoría de los principios jurídicos (en cuanto tipo de norma que se contrapone a la regla jurídica<sup>255</sup>). Los principios —en cuanto normas— vinculan tanto legislador como al juez (o al poder ejecutivo) y lo hacen —en cuanto normas constitucionales— de modo actual (y no sólo potencial): cada vez que se enfrentan

---

<sup>254</sup> Como señala BARNÉS VÁZQUEZ «aun que sean los artículos 1.1, 9.3 y 10.1 CE los que, según los casos, le ofrecen el soporte necesario a la jurisprudencia para proclamar el rango constitucional de este principio, no obstante, la *ratio* última subyacente reside en el valor superior o fundamental de la justicia, inherente al Estado de Derecho (art. 1.1. CE)» (Barnés Vázquez, J., «El principio de proporcionalidad...», 1998, cit., págs. 19 y 20). Al respecto afirma GONZÁLEZ DE CUELLAR que «la jurisprudencia del TC tuvo una postura vacilante durante la década de los ochenta «tanto en cuanto a su fundamento, como a su contenido y a sus consecuencias (SSTC 62/1982, de 15 de octubre; 6/1988, de 21 de enero; 37/1989, de 15 de febrero...)» (González-Cuellar Serrano, N., «El principio de proporcionalidad...», 1998, cit., pág. 192).

<sup>255</sup> Esta distinción entre reglas y principios, siguiendo al propio Alexy, se puede encontrar, entre otros, en Raz, Christie, Simonius, Esser, Larenz, Canaris, Dworkin y otros (vid. Alexy, en notas a págs. 82 y sigs.); Para FERRAJOLI, la distinción se debe, sobre todo a Ronald Dworkin, (*Los derechos en serio*) y se muestra crítico con ella (y su corolario: la distinción entre ponderación y subsunción) afirmando que, además de ser incorrecta, debilita la fuerza vinculante de los principios constitucionales (vid. Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia. Vol. 1. Teoría del derecho*, Trotta, Madrid, 2011 págs. 532, 533 y nota 45 con abundante cita de las posturas críticas a la distinción reglas-principios: Raz, Hart, Greenawalt, Munzer, Richards, Soper y Mackie).

a una restricción de derechos, aun aquella justificada constitucional o legalmente (por una regla o por otro principio —incluido el principio democrático—) imponiendo, ante la restricción, una exigencia interpretativa optimizadora del derecho fundamental restringido<sup>256</sup>.

En efecto, afirma ALEXY que las normas de las que se derivan derechos fundamentales pueden pertenecer a dos categorías normativas distintas, reglas y principios: «tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser»<sup>257</sup>. Ambos tipos de normas (reglas y principios) se contienen en las disposiciones jurídicas que reconocen los derechos fundamentales en la Constitución (las normas de derecho fundamental o normas iusfundamentales)<sup>258</sup>; es lo que se ha denominado el «carácter doble de las disposiciones iusfundamentales»<sup>259</sup>: «cada vez que una disposición de derecho fundamental confiere un derecho subjetivo, está adscripto a ella, por lo menos, un principio». Los principios son «normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los

---

<sup>256</sup> Así, «que el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad significa que la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de la adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él», *Ibidem*, págs. 111 y 112.

<sup>257</sup> Alexy, *Teoría, cit.*, pág. 83.

<sup>258</sup> Distingue ALEXY entre normas de derecho fundamental directa o indirectamente estatuidas: «normas de derecho fundamental son todas aquellas con respecto a las cuales es posible una fundamentación iusfundamental correcta. Para las normas de derecho fundamental directamente estatuidas basta para su fundamentación iusfundamental correcta, por lo general, una referencia al texto de la Constitución. Una fundamentación más profunda —que expusiera por qué aquello que dice la Constitución vale— tiene, por lo general, sólo valor teórico [...]» (*Teoría*, pág. 73). Sin embargo, considera que existen las que denomina «normas adscriptas de derecho fundamental» a aquellas que no son directamente estatuidas por la Constitución pero que son necesarias para determinar en casos concretos que es aquello que «sobre la base del texto constitucional (es decir, de la norma directamente expresada por él), está ordenado, prohibido o permitido» (*Teoría*, pág. 69). Considera como criterio rector para determinar el carácter fundamental de un derecho recogido en una norma iusfundamental la que denomina concepción formal y amplía que considera que: «los derechos fundamentales son posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no pueden quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria [...] establecen lo que debe y lo que no puede decidir el legislador legitimado democráticamente» (*ibidem*, pág. 432). Pero matiza que tal concepción debe completarse (para determinar la importancia del principio) con una concepción material amplia que puede radicar en el concepto de dignidad de la persona (pág., 435).

<sup>259</sup> ALEXY, *Teoría*, pág. 135.

principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestas»<sup>260</sup>. Los principios «no contienen mandatos definitivos sino sólo *prima facie* [...] presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas»<sup>261</sup>. En cambio, las reglas «son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces ha de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible»<sup>262</sup>. ALEXY distingue en este sentido entre la colisión de reglas y la colisión de principios. Si las primeras pueden resolverse mediante la exclusión de una de las reglas en conflicto, bien por ser inválida, bien por ser la regla opuesta una excepción a su aplicación, las colisiones de principios exigen una ponderación circunstanciada: no hay cuestión de exclusión sino de equilibrio<sup>263</sup>.

#### d) Significado del principio de proporcionalidad en el proceso de ejecución.

El principio de proporcionalidad aplicado a la ejecución es la norma jurídica (perteneciente a la categoría de los principios) que debe respetar el legislador al establecer el grado de sacrificio que pueden llegar a soportar los derechos fundamentales del demandado (sujeto a responsabilidad) en satisfacción de los derechos fundamentales del acreedor demandante (titular del derecho de acción) y, al mismo tiempo, la norma que permite al tribunal interpretar y aplicar las decisiones adoptadas por el legislador (en leyes procesales y materiales) en relación al expresado equilibrio<sup>264</sup>.

---

<sup>260</sup> ALEXY, *Teoría*, pág. 86

<sup>261</sup> *Ibidem*, pág. 99.

<sup>262</sup> *Ibidem*, pág. 87.

<sup>263</sup> Vid. MORESO, José Juan, «Alexy y la aritmética de la ponderación», en AA. VV. (Alexy, Robert, *et alii*), *Fundación Coloquio Jurídico Europeo*, Madrid, 2009, págs. 223 a 227.

<sup>264</sup> Para DÍAZ MARTÍNEZ, «siempre se ha considerado existente en nuestro Ordenamiento jurídico-procesal una norma no escrita, frecuentemente denominada principio de proporcionalidad, según la cual la ejecución forzosa no ha de causar al sujeto pasivo de la misma más perjuicios de los estrictamente necesarios para la consecución del objetivo final, que no es otro que la satisfacción del interés que al ejecutante ha reconocido una resolución judicial firme. De ello deviene la necesidad de

Por lo que respecta al tribunal la aplicación del principio de proporcionalidad adquiere relevancia fundamental al seleccionar los medios de ejecución que para ser satisfactivos de los derechos fundamentales del acreedor han de ser restrictivos de los derechos fundamentales del demandado, sobre todo cuando para tal selección el tribunal dispone de un amplio margen interpretativo.

Cuando se afirma que el principio de proporcionalidad referido a la actuación del tribunal en el proceso de ejecución significa que «en ningún caso debe el Juez ordenar medidas ejecutivas que causen al deudor un perjuicio desproporcionado con el provecho que de ellas obtiene el acreedor ejecutante, por mucho que éste se empeñe en pedir las», es decir, cuando se establece la proporcionalidad como un equilibrio entre medios y fines<sup>265</sup> lo que se está manifestando es, en último término,

---

que el ejecutor y el ejecutante mantengan una actitud mesurada a lo largo del proceso, no permitiendo el primero ni instando el segundo el embargo de elementos patrimoniales que ostensiblemente excedan del valor de la responsabilidad que pretende hacerse efectiva, principio ahora recogido en el art. 584 LECiv. [...] Del mismo principio básico de la ejecución a que hacemos alusión deriva la existencia de que el ejecutante carezca de libertad omnimoda para elegir a efectos de embargo, dentro del patrimonio del ejecutado, aquellos elementos cuya realización podría causar a éste mayores perjuicios, pese a que el art. 589 LECiv. presuponga que el señalamiento de los bienes del deudor le corresponde inicialmente a él, pues sólo cuando no lo haga deberá el tribunal, de oficio, requerir al ejecutado para que realice manifestación de sus bienes. A evitar este efecto lesivo para el ejecutado, pero paralelamente a tutelar el interés del ejecutante, facilitando el embargo de aquellos bienes cuya realización forzosa sea más fácil, lo que a su vez da satisfacción al principio de economía procesal, está orientado el art. 592 LECiv» (Díaz Martínez, Ana, *La Ejecución Forzosa sobre Inmuebles en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Aspectos civiles y registrales)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2001, pág. 45).

<sup>265</sup> TARZIA lo define como una relación directa y correcta entre medios y fines, destacando que la doctrina y la jurisprudencia constitucional alemana lo han situado entre los principios constitucionales, no sólo en relación con el derecho público, sino también y específicamente para el derecho a la ejecución forzosa. Para este autor, tiene relación con la necesidad de protección de todas las partes que pueden verse satisfechas o lesionadas por el proceso de ejecución, con la necesidad de comparar las ventajas a que aspiran los acreedores con los sacrificios impuestos a los deudores y con la exigencia de evitar todo desequilibrio respecto de la finalidad de satisfacción ejecutiva del crédito (Tarzia, Giuseppe, «Il giusto processo di esecuzione», *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 2, abril 2002, pág. 340). Según TAPIA FERNÁNDEZ, las medidas a emplear en la ejecución «serán tanto más justas cuanto que, por un lado, hagan conseguir al titular del derecho lesionado la perfecta utilidad y, por otro, produzcan en la esfera jurídica del deudor la menor distorsión posible» (Tapia Fernández, Isabel, *Las condenas no pecuniarias*, 1982, cit., pág. 15, nota 26). La misma idea en ACHÓN BRUÑEN, cuando afirma que «aunque el derecho del ejecutante se encuentre avalado por una sentencia firme dictada en un proceso de declaración previo en el que el deudor haya sido condenado, los actos ejecutivos suponen una injerencia en su esfera patrimonial y económica que le pueden acarrear enormes perjuicios y por ello se han de circunscribir a unos estrictos cauces legales [...] Los derechos fundamentales consagrados en la Constitución deben constituir una barrera limitadora del carácter coactivo de la actividad ejecutiva y las normas procedimentales, así como las procesales constituyen el cauce apropiado para la salvaguarda de tales derechos» (Achón



que la necesaria ponderación de derechos de acreedor (avalados por el título ejecutivo) y deudor (quien conserva la protección constitucional de su esfera jurídica pese a la responsabilidad) se pone de manifiesto en la ejecución con toda su radicalidad cuando el tribunal debe adoptar decisiones sobre los medios de ejecución en cuanto estos incidente sobre la esfera jurídica del deudor.

El reconocimiento en la Constitución de derechos avalados por principios (entendidos éstos como mandatos de optimización o «derechos *prima facie*» en la terminología empleada por ALEXY) explica por qué éste tipo normas puede incidir (en virtud del mandato contenido en los arts. 9.1 y 53 CE y en el art. 5 LOPJ) en la interpretación por los tribunales de reglas jurídicas («derechos definitivos», siguiendo la misma terminología) consagradas en leyes procesales, aunque tales reglas sean, a su vez, regulación o desarrollo de derechos fundamentales (a la tutela efectiva del demandante, por ejemplo). Es decir, los principios, derivados de las disposiciones iusfundamentales de la Constitución, exigen y justifican que en su tarea de ejecución forzosa e interpretando las reglas procesales contenidas en la LEC el tribunal deba considerar no sólo las reglas de procedimiento expresamente estatuidas sino también éstas otras normas (principios) que derivan directamente de la Constitución (arts. 9.1 y 53 CE y 5 LOPJ) y que delimitan interpretativamente en el marco de la regla procesal (el juez no es legislador y no puede derogar la regla) según el principio de proporcionalidad.

No quiere ello decir, en nuestra opinión, que en virtud del principio proporcionalidad el tribunal pueda desconocer frontalmente reglas procesales postconstitucionales. Tal conclusión la impiden otros principios como el de legalidad y el respeto a las reglas y principios constitucionales que avalan el derecho del demandante y del cual son desarrollo las reglas procesales. Pero el tribunal debe interpretar las reglas procesales basándose en los principios

---

Bruñén, María José, *La oposición en los procesos de ejecución de sentencias civiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 81). Cfr. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS López, M. A., *Derecho Procesal Civil*, 1995, cit., pág. 30. La necesidad de que la tutela judicial efectiva se compatibilice con los demás derechos fundamentales del ejecutado (intimidación personal y familiar, honor, integridad física, etc.) es defendido por SOLCHAGA LOITEGUI, Jesús, «Derecho a la tutela judicial efectiva y ejecución singular civil», en AA. VV., *Ejecución de sentencias civiles*, CGPJ, Madrid, 1992, págs. 37 y 38.

constitucionales (incluidos los principios rectores, incluido el principio de proporcionalidad), sobre todo cuando las propias normas procesales abren expresamente al tribunal un amplio cauce para dicha interpretación (el tribunal «acordará lo que proceda» —art. 703.1 LEC—; el tribunal adoptará «cualesquiera otras medidas que resulten idóneas» —art. 709.3 i.f.—).

La realización por el tribunal de una ponderación de derechos conforme al parámetro de proporcionalidad no significa, por tanto, y en ningún caso, que el tribunal disponga de discrecionalidad o de *vis política* alguna para determinar el alcance respectivo de los derechos en juego: el derecho del acreedor a la tutela puede (y debe) tener la extensión determinada por el título ejecutivo y sólo con este alcance se puede (y debe) afectar correlativamente la esfera jurídica del deudor en cuanto sometida a responsabilidad. No corresponde al tribunal determinar el alcance de la acción o de la responsabilidad suplantando al legislador<sup>266</sup>. Pero al seleccionar, dentro del margen que consientan las reglas procesales, los aspectos de la esfera del deudor que han de ser afectados o los medios de ejecución a emplear, condistinta incidencia, sobre ella, sí debe tener en cuenta los principios constitucionales que ordenan la optimización de determinadas posiciones jurídicas de derecho fundamental (la vida privada o la integridad física del demandado, por ejemplo) y debe hacerlo a través del principio instrumental de proporcionalidad<sup>267</sup>.

---

<sup>266</sup> El legislador al amparo de su poder de configuración de los derechos puede establecer restricciones a los derechos del acreedor (respetando su contenido esencial) en beneficio del deudor (art. 51.2 CE). El gobierno, al amparo del art. 18 LOPJ, puede expropiar los derechos reconocidos en sentencia firme declarando el interés público o interés social de la medida expropiatoria.

<sup>267</sup> Al respecto, según sostiene BARBOSA MOREIRA que «Las normas procesales pueden contener a veces disposiciones que tienden a evitar un excesivo daño para el deudor, ordenando, por ejemplo, la adopción de la menos onerosa de dos o más posibles medidas {...} el acreedor no puede pedir el embargo de una propiedad, con serio daño para el deudor, si hay otra propiedad disponible}. Este *favor debitoris*, así reconocido, no choca por sí mismo con el principio de “mayor coincidencia posible” [es decir, con la preferencia por la ejecución específica] y por ello no representa necesariamente un límite a la actividad de ejecución forzosa en el sentido anteriormente indicado. La aplicación de las disposiciones citadas no debería, en principio, reducir la efectividad práctica de la ejecución: la elección de las medidas menor onerosas presupone que las diferentes medidas propuestas son igualmente eficaces» y, en este sentido, con referencia al Derecho brasileño, afirma que «la ley, [...] no siempre permite que la ejecución recaiga sobre el patrimonio indiscriminadamente: normalmente excluye determinadas clases de bienes haciéndolas inmunes al mismo, con el resultado obvio de impedir la satisfacción plena del acreedor cuando no se pueden obtener otras clases de bienes. Varias razones explican tales exclusiones: puede haber una barrera legal a la disposición de la propiedad (por ejemplo, propiedad perteneciente al dominio público); o la intención de evitar al deudor la privación

e) El principio de proporcionalidad en la ley y en aplicación de la ley (procesal).

i. Principio de proporcionalidad en la ley.

Se distinguen dos modalidades de consagración del principio de proporcionalidad en las normas reguladoras del proceso de ejecución según el principio luzca en la propia ley procesal o en su interpretación y aplicación por el tribunal. La primera forma de regular la actividad procesal ejecutiva para que responda al principio de proporcionalidad consiste en establecer reglas (procesales) precisas para el ejercicio de la potestad jurisdiccional ejecutiva que permitan la optimización de los derechos en presencia. En estos casos, la vulneración del principio de proporcionalidad (por no realizar la regla procesal una ponderación conforme al principio de proporcionalidad) debe imputarse directamente a la ley, cuestionando su constitucionalidad. Es lo que se ha denominado el «principio de proporcionalidad en la ley»<sup>268</sup>.

Esta primera forma de manifestación de la proporcionalidad en la actuación procesal del tribunal executor tiene lugar, por ejemplo, cuando la propia Ley procesal identifica bienes y derechos en la esfera patrimonial del deudor que por su relevancia deben resultar inmunes a la ejecución<sup>269</sup>. Por ejemplo, la Ley procesal

---

de lo necesario para su propia supervivencia y la de su familia {Las leyes hablan normalmente de salarios, ropas, comida, alimento y combustible necesario para un determinado período de tiempo, ajuar doméstico, instrumentos profesionales y similares [...] } o no privar al deudor de cosas que, por razones muy personales, tienen gran valor {Por ejemplo: «el anillo de boda y retratos familiares»[...]}, o de evitar la total eliminación o excesiva perturbación de actividades consideradas de relevancia social o merecedoras de especial respeto {[...] “materiales necesarios para trabajos en curso” [...] “bienes necesarios para dar un servicio que no puede detenerse sin detrimento del tráfico o la salud pública” [...] “bienes adscritos al culto religioso” [...]}]» (BARBOSAMOREIRA, José Carlos, «Regional Report from South America», en AA. VV., *Trends in the Enforcement of Non-money Judgements...*, 1988, cit., pág. 91).

<sup>268</sup> Como expone BARNÉS VÁZQUEZ, el Juez, en estos casos, «lo es de la legalidad previamente establecida, y a sus designios está sometido. Carece de libertad. De ahí que el principio de proporcionalidad constituya para jueces y tribunales un canon más de control con el que contrastar la conformidad a Derecho de los demás poderes públicos y no, en línea de principio, un criterio para revisar la actividad jurisdiccional misma. La proporcionalidad se hace efectiva a través del juez, no contra él» (Barnés Vázquez, J., «El principio de proporcionalidad...», 1998, cit., pág. 22).

<sup>269</sup> Para TARZIA, forma parte de la exigencia de adecuación de la ejecución a su finalidad toda la regulación legal relativa a la extensión del embargo, a la embargabilidad o inembargabilidad de los bienes, a los remedios contra el embargo o su exceso y también (muy especialmente) a la idoneidad

señala determinados bienes como inembargables (arts. 605 y siguientes de la LEC) restringiendo, en consideración a su valor o significado para el demandado (o, más allá de este, para la sociedad en su conjunto), el derecho que pudiera ostentar el ejecutante a resultar satisfecho con cargo a ellos. La inembargabilidad de dichos bienes constituye una limitación a las posibilidades de satisfacción del acreedor y, consiguientemente, una restricción del derecho a la tutela, sólo admisible de ser tal medida (inembargabilidad) proporcionada con los fines que persigue (muy diversos, vinculados generalmente a derechos fundamentales amparados por principios: protección de un mínimo vital para el deudor, protección de personas durante la tercera edad y de personas con minusvalía, seguridad en el funcionamiento de ciertos mercados, etc.)<sup>270</sup>. Otra manifestación legal del principio de proporcionalidad es la atribución al ejecutado del plazo de un mes para que desaloje el inmueble que constituye su vivienda habitual antes de proceder a su lanzamiento mediante coacción directa (art. 704.1 LEC). El retraso en el inicio de la diligencia de lanzamiento que supone este plazo implica, indudablemente, renunciar a una tutela del acreedor más expeditiva (con restricción, pues, de la máxima expansión posible

---

de los instrumentos para localizar los bienes del deudor (Tarzia, Giuseppe, «Il giusto processo di esecuzione», 2002, cit., págs. 340 y sigs.); señala, asimismo, como ejemplo del principio de proporcionalidad, la inadmisión de expropiación de bienes de valor irrisorio, insuficientes para hacer frente siquiera a los gastos de la ejecución, y, en sentido contrario, la limitación del embargo a los bienes necesarios con posibilidad de reducción del embargo en su exceso; en el mismo sentido, como exigencia de la proporcionalidad, afirma la obligación de respetar los bienes en su individualidad, de modo que no se puedan embargar parcialmente para no agravar el sacrificio exigido al deudor y evitar una ejecución vejatoria, no justificada por la necesidad de tutela de los acreedores, poniendo el ejemplo del embargo de partes comunes de un edificio (los ascensores) o de partes de la propiedad privativa (una parte del pasillo) considerándolos un abuso del proceso ejecutivo y una violación de la regla de adecuación a su finalidad (*ibidem*, págs. 343 y 344). La naturaleza procesal de la inembargabilidad encubre, como otros fenómenos procesales, consideraciones de derecho material. Si bien la norma restringe la actividad del tribunal, su fundamento y sus efectos son de carácter material. PUGLIATTI afirma al respecto que hay casos en que «la inembargabilidad puede considerarse un fenómeno reflejo (de la intransmisibilidad) y calificarse de inembargabilidad derivada (del derecho sustancial)», pero otros, sin embargo, «en que la inembargabilidad surge de normas de derecho procesal, inembargabilidad originaria que crea una intransmisibilidad (solo) procesal», de lo que concluye que «la inembargabilidad es, por tanto, un fenómeno de naturaleza procesal, pero que puede asumir dos aspectos, puede derivarse de la intransmisibilidad del derecho, o puede ser ella la misma causa de la intransmisibilidad (en sede ejecutiva). En todo caso, como fenómeno de derecho procesal constituye una limitación de la responsabilidad ejecutiva: las normas que la declaran aportan restricciones al principio general del art. 1948 CC [italiano], en el sentido de restringir la zona de responsabilidad sustancial, o mejor hacen corresponder una zona más restringida de responsabilidad procesal» (Pugliatti, Salvatore, *Esecuzione forzata...*, 1935, cit., pág. 190).

<sup>270</sup> Vid. a este respecto, las Sentencias del TC citadas *infra* (tercera parte, capítulo tercero).

de su derecho fundamental a la tutela efectiva amparado constitucionalmente por el art. 24.1 CE y con restricción, asimismo, de otros derechos de rango constitucional para los que actúa como fundamento el título ejecutivo: la propiedad, por ejemplo, ex art. 33 CE) renuncia justificada por haberse ponderado (y reflejado en la propia ley) la protección debida a los derechos fundamentales del acreedor con la también debida a derechos del ocupante como la vivienda (art. 47 CE) y los derechos fundamentales a ella vinculados (integridad física y moral de los ocupantes desalojados—art. 15 CE—; su libertad y seguridad —art. 17 CE—; su vida privada y familiar —art. 18 CE—, etc.). El legislador, con esta norma de delimitación temporal, objetiviza una determinada ponderación, realizada en sede parlamentaria, de los diferentes derechos articulados en torno a la vivienda con el derecho del acreedor a recuperar el inmueble que el título le otorga en un tiempo razonable. El legislador codifica el punto de equilibrio mediante una limitación, temporal (y por esto mismo proporcionada) de la satisfacción del segundo de los derechos enunciados en favor del primero. En sentido parecido, el art. 709.3 LEC impide que la imposición de multas coercitivas mensuales dirigidas a la coerción de prestaciones personalísimas se extienda más allá de un año (tras el cual se interrumpe la imposición de las multas transformándose la prestación originaria que se trataba de imponer por un equivalente pecuniario en forma de indemnización de daños), evitando, mediante esta limitación temporal, objetivada por el legislador al regular este medio de ejecución, que la búsqueda a toda costa de la satisfacción específica (a través de este medio de coerción indirecta que es la multa) produzca una lesión desproporcionada (más allá de lo razonable) en la esfera patrimonial del deudor (protegida constitucionalmente, entre otros, por el art. 33 CE).

Dentro de esta primera forma de manifestación del principio de proporcionalidad (acogida a través de las leyes procesales) podría añadirse una distinción ulterior según la restricción conforme al criterio de proporcionalidad se articule a través de normas reguladoras del procedimiento, es decir, del orden y forma de los actos procesales (normas estrictamente procedimentales, como aquellas que regulan los plazos de desalojo) o se articule mediante normas reguladoras del contenido de los

actos procesales (como las normas que establecen la inembargabilidad de bienes delimitando el objeto de la actividad ejecutiva)<sup>271</sup>.

La anterior forma de atender al principio de proporcionalidad pasa desapercibida en el proceso, para el que se expresa como una manifestación más del carácter reglado de la ejecución (la satisfacción del acreedor se desarrolla seleccionando, de oficio, los medios previstos expresa y taxativamente por las normas procesales) o, incluso, como una matización del principio de derecho material (al delimitar la esfera jurídica del deudor que puede ser afectada queda excluida *ex lege*, una parte de la misma).

## ii. Principio de proporcionalidad en la aplicación de la ley

Una segunda forma de regular la actividad procesal ejecutiva en las normas procesales de modo que resulte conforme al principio de proporcionalidad ha consistido en dejar un amplio margen aplicativo al tribunal en la determinación de las medidas de ejecución correspondientes («proporcionalidad en la aplicación de

---

<sup>271</sup> ACHÓN BRUÑÉN, citando en este punto a MONTERO AROCA, (*Derecho jurisdiccional. II. Proceso Civil*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1994, págs. 178 y 179 y *El nuevo proceso civil*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 733) distingue al respecto entre «normas procedimentales» y «normas procesales» (añadiríamos nosotros «propriadamente dichas») siendo las primeras las que «contemplan la forma de realizar las actividades ejecutivas mientras que las segundas se refieren al fondo, al contenido del acto o de la resolución que ordena su realización» (Achón Bruñén, María José, *La oposición en los procesos de ejecución de sentencias civiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 79). En este sentido, por ejemplo, las normas procedimentales establecerían la forma prevista para la práctica del embargo y las procesales la prohibición de embargar determinados bienes. Para esta autora, tanto unas como otras «juegan un papel primordial, por lo que su transgresión podrá ser impugnada por el perjudicado ex art. 562 de la LEC, sin que se pueda mantener el carácter secundario de las normas procedimentales» (*ibídem*, págs. 79 y 80), sin embargo, añade que «aunque las normas procedimentales desempeñan una labor ordenadora del procedimiento, pues la forma de realizar ciertos actos cumple en numerosas ocasiones un papel muy relevante, no se puede caer en el extremo de considerar que la omisión de cualquier formalismo meramente accesorio acarree inexorablemente la nulidad de lo actuado. El órgano judicial tendrá que analizar en cada caso el carácter y finalidad de la norma que ha resultado vulnerada, así como el perjuicio y los efectos que su transgresión puede ocasionar y una vez realizadas tales consideraciones declarar la nulidad de lo actuado o, por el contrario, considerar el acto válido si el requisito de forma inobservado no tiene trascendencia alguna, pues en ningún caso deben imponerse requisitos de forma enervantes o innecesarios» (*ibídem*, pág. 123).

la ley»)<sup>272</sup>. En esta segunda modalidad de implementación del principio de proporcionalidad la ley atribuye al tribunal la función de seleccionar, en el marco más o menos detallado establecido por la ley procesal para cada medio concreto de ejecución, aquellas actuaciones que, siendo útiles para la satisfacción del acreedor, resulten menos gravosas para los derechos del deudor siempre que, al propio tiempo, su utilidad no resulte desequilibrada respecto al gravamen impuesto, es decir, las medidas que consigan imponer la responsabilidad debida sin vulnerar el principio de proporcionalidad (y, por tanto, respetando los derechos fundamentales a los que tal principio es instrumental)<sup>273</sup>.

El legislador puede crear este ámbito de actuación jurisdiccional mediante el empleo de conceptos jurídicos de mayor o menor indeterminación. Así, por ejemplo, el artículo 584 LEC, en sede de ejecución dineraria, establece que «no se embargarán bienes cuyo *previsible* valor exceda de la cantidad por la que se haya despachado ejecución, salvo que en el patrimonio del ejecutado sólo existieren bienes de valor superior a estos conceptos y la afectación de dichos bienes resultare *necesaria* a los fines de la ejecución»; en el mismo sentido, el primer apartado del art. 592 LEC establece que el tribunal embargará los bienes del ejecutado «procurando tener en cuenta la *mayor facilidad* de su enajenación y la *menor onerosidad* de ésta para el ejecutado» (estableciendo el segundo apartado de este artículo un orden de prelación riguroso de carácter supletorio, volviendo por tanto, en caso de inaplicabilidad del anterior criterio, a la primera la técnica mencionada en el apartado anterior: el establecimiento *ex lege* de reglas que desemboquen, de modo objetivo o automático, en la proporcionalidad determinada expresa y directamente

---

<sup>272</sup> Antes que discrecionalidad hay que hablar de indeterminación pues a diferencia de un órgano administrativo que asumiera como función propia (y, por ello, parcial) la satisfacción del derecho del acreedor (al modo de la *law enforcement authority* del derecho sueco), el tribunal, como órgano a cargo de la jurisdicción, no tiene una política legislativa que colmar mediante juicios de oportunidad. El tribunal realiza una ponderación de derechos y atribuye a cada uno la extensión que le corresponde con sometimiento exclusivo al imperio de la ley (art. 117.1 CE), incluyendo el principio de proporcionalidad entre las normas a las que debe sumisión.

<sup>273</sup> Según BARNÉS VÁZQUEZ, son supuestos en que el poder judicial tiene atribuido «un cierto margen de maniobra o de apreciación» por imperativo de la ley: «decisiones procesales que preceden a la de fondo, sobre el acceso a la jurisdicción o al recurso; la valoración y graduación de la pena en el caso concreto; intervenciones judiciales sobre los derechos fundamentales (comunicaciones, entrada en domicilio, corporales, prisión preventiva, etc.)» (*ibidem*, pág. 22).

por el legislador). Mayor grado de indeterminación muestra el art. 704.1 LEC al atribuir al tribunal la potestad de otorgar una prórroga al plazo inicial para el desalojo de la vivienda habitual siempre que el tribunal aprecie «motivo *fundado*». Pero, en ocasiones, la indeterminación legislativa no alcanza sólo a la identificación de las causas o motivos ante los que se adoptan medidas proporcionadas sino también al contenido y alcance de las propias medidas ejecutivas a adoptar para dotar de vigencia dicho principio. En este sentido, la ley procesal atribuye al tribunal ejecutor competente para la entrega de bienes inmuebles la potestad de emplear los medios «que *procedan*» (siempre dentro de los límites que establece el «contenido de la condena»): art. 703.1 LEC. La *procedencia* a que alude la norma no se puede entender sólo como la conducencia de las medidas al fin de tutela del acreedor, sin consideración alguna a su grado de repercusión en la esfera jurídica del deudor, sino también como una exigencia de adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada al restringir dicha esfera jurídica del demandado protegida constitucionalmente (art. 53 CE). La misma indeterminación legislativa respecto a las medidas ejecutivas podemos encontrarla en la cláusula final del art. 709.3 LEC. En efecto, tras la consagración legal de proporcionalidad contenida en el art. 709.3 LEC a la que hemos hecho referencia en el párrafo anterior (limitación de las multas coercitivas a un año de multas mensuales) se añade una cláusula final que devuelve el control de la proporcionalidad de las medidas al juez ejecutor, permitiéndole establecer (a petición del demandado y con carácter alternativo a la indemnización de daños que, como regla general se establece para una vez transcurrido el año) «cualesquiera otras medidas *que resulten idóneas* para la satisfacción del ejecutante y que, a petición de éste y oído el ejecutado, pueda acordar el tribunal» lo que no deja de ser una nueva invocación del principio de proporcionalidad en la determinación de las medidas ejecutivas.

La aplicación del principio de proporcionalidad por el tribunal (proporcionalidad en la aplicación de la ley) se describe y concreta a través de los criterios ya expuestos con carácter general (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o racionalidad), aunque el juego de tales criterios presenta



algunos rasgos distintivos. GONZÁLEZ-CUÉLLAR<sup>274</sup> (siguiendo en esto a la doctrina alemana) ha señalado que para ponderar el alcance de la restricción sobre un derecho, los tribunales, a diferencia del legislador, deben tener en cuenta: «todas las consecuencias de las medidas, tanto si han sido intencionadamente producidas por el órgano actuante como si se trata de perjuicios involuntariamente causados, y tanto si afectan al sujeto pasivo como si perjudican a terceros [...] incluyendo en la ponderación de los intereses enfrentados las consecuencias que las medidas procesales penales [léase, *mutatis mutandis*, cualquier tipo de medida procesal] pueden acarrear en su salud, física y psíquica, y en su vida familiar, social y profesional». Por otra parte, para que dichas consecuencias entren a formar parte de la ponderación, sólo se exige que el juez «pueda sostener un pronóstico bastante seguro sobre los efectos colaterales de las injerencias».

En ocasiones la aplicación judicial del principio de proporcionalidad no procede del otorgamiento expreso por la ley procesal de un margen interpretativo a través del empleo de conceptos jurídicos que no admiten «interpretación literal» sino, todo lo contrario, porque la interpretación literal de la norma conduciría a un resultado inconstitucional por vulneración de dicho principio. En tales casos el tribunal se ve forzado (por exigencias constitucionales —art. 9.1 y 53 CE— y legales —art. 5 LOPJ—) a interpretar las normas de forma que puedan ser conformes a la Constitución o, de no ser posible, a plantear la cuestión de inconstitucionalidad (art. 162 CE y 5 LOPJ).

Por una parte si la utilización de un determinado medio restrictivo de derechos constitucionales resulta claramente exigida y regulada por la propia ley a través de una regla detallada y precisa, el tribunal encargado de la ejecución deberá, en caso de considerarla desproporcionada, plantear una cuestión de inconstitucionalidad; el sujeto perjudicado, por su parte, podrá interponer un recurso de amparo (tras agotar las vías ordinarias de recurso) invocando —de ser

---

<sup>274</sup> GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, «El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español», en AA. VV. (Barnés Vázquez, Javier, coord.), *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5 (monográfico sobre el principio de proporcionalidad), septiembre-diciembre, 1998.

el caso— la vulneración de alguno de los derechos fundamentales susceptibles del mismo. En cambio, si la contradicción puede salvarse mediante una interpretación de la norma «correctora», haciéndola conforme a la Constitución (incluso con inaplicación de la totalidad o parte de la norma legal si ésta es preconstitucional), tal debe ser el proceder del tribunal ordinario.

Un caso particular de interpretación «correctora» tendrá lugar cuando la norma jurídica que se considera contraria a la Constitución es preconstitucional. Es en tal sentido, GARCÍA FIGUEROA, tomando como ejemplo una posible interpretación del art. 582 del CC (prohibición de abrir ventanas con vistas sobre la finca del vecino a menos de dos metros)<sup>275</sup> considera que tal regla quedaría exceptuada, por ejemplo, en caso de apertura de una ventana a 1.95 metros de distancia pues el principio contenido en el art. 47 CE como mandato de optimización, «ordena que los españoles disfruten de un hogar digno en la mayor medida posible dentro de las posibilidades legales y jurídicas»<sup>276</sup> y la falta de vanos podría afectar a la adecuación de la vivienda mientras que la disminución en 5 centímetros del espacio previsto por la ley (anterior a la Constitución) no afecta gravemente al derecho de propiedad (u otros derechos fundamentales que puedan considerarse como *ratio* de la norma, pues, en nuestra opinión, ésta podría vincularse no sólo con el derecho a la propiedad privada sino también con el derecho a la intimidad). Es decir, el principio constitucional exige al tribunal efectuar una interpretación de la legalidad ordinaria (en este caso previa a la Constitución) para adecuar la regla a los principios constitucionales (que avalan posiciones de derecho fundamental).

Otro supuesto de interpretación correctora se produce cuando el órgano jurisdiccional acude a medidas de ejecución «atípicas» (distintas de las previstas legalmente) cuando la medida «típica» prevista por el legislador resulta «innecesaria» desde el punto de vista del «criterio de necesidad» que sirve de parámetro al principio de

---

<sup>275</sup> Nos sumamos así una ya larga lista de prestatarios del ejemplo: originario del civilista A. CARRASCO («La acción invertida: un modelo para la argumentación jurídica», *Revista de Derecho Privado*, 1996, págs. 886 y sigs.), citado por PRIETO, L. (*Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, págs. 63 y sigs) y también por GARCÍA FIGUEROA, de quien lo tomamos nosotros (GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, «¿Existen diferencias entre reglas y principios en el Estado constitucional?. Algunas notas sobre la teoría de los principios de Alexy», en AA. VV. (Alexy, R., et alii), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009 (2.ª ed.).

<sup>276</sup> GARCÍA FIGUEROA, *ibidem*, pág. 350.

proporcionalidad, por existir otras medidas menos restrictivas del derecho fundamental que permitan obtener el mismo resultado<sup>277</sup>. En estos supuestos cabría, en principio, considerar inconstitucional, por vulneración del principio de proporcionalidad (sub-criterio de necesidad de la medida), la norma que ordena tal medida innecesaria, debiendo plantear el tribunal una cuestión de inconstitucionalidad; sin embargo, para evitar considerar la inconstitucionalidad de la norma, el tribunal puede realizar una interpretación correctora, conforme a la Constitución, entendiendo que la medida prevista legalmente lo es sólo para el caso de ser imprescindible en el caso concreto (es decir, para aquellos casos en los que con ella se cumpla realmente el principio de necesidad), pero no cuando en el caso concreto resulte innecesaria por existir otra medida idónea menos restrictiva, circunstancia en que admitiría ser sustituida por esta última. Dicho de otro modo: el tribunal queda implícitamente habilitado por la ley (en una lectura de la misma conforme a la Constitución) para aplicar una medida de menor rigor a la prevista expresamente. Afirma en este sentido GONZÁLEZ-CUELLAR que «la restricción del derecho limitado por la medida alternativa dispone de cobertura legal, ya que la ley autoriza la limitación en un volumen mayor que el finalmente ocasionado por el medio sustitutivo menos gravoso. Por tanto, la relativización que del principio de legalidad que de esta manera se produce es tan solo parcial, de carácter cuantitativo y en interés del ciudadano, quien ve limitados sus derechos en un grado menor que el previsto por la ley con carácter general. En este sentido, la aplicación judicial del principio de intervención mínima, con adopción de medidas no reguladas por la ley, limitativas de los derechos cuya restricción se prevé con mayor intensidad, no supone más que la aplicación del conocido aforismo “quien puede lo más, puede lo menos”, siendo, además, la elección de “lo menos” exigencia constitucional»<sup>278</sup>. En todo caso, siguiendo todavía a GONZÁLEZ-CUELLAR, la medida atípica acordada por el tribunal habría de ser igualmente idónea a la prevista expresamente en la ley para alcanzar el fin perseguido (es decir, para dar satisfacción del derecho del demandante) y menos gravosa para el demandado, dado que en estas dos

---

<sup>277</sup> GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, «El principio de proporcionalidad...», 1998, cit., págs. 207 y 208.

<sup>278</sup> *Ibidem*. El razonamiento ha sido sostenido con relación a las medidas alternativas a la prisión provisional.

circunstancias reside su adecuación al principio de proporcionalidad y, a partir del mismo, su encaje en el tenor de la ley. A estas dos condiciones (igual adecuación y menor gravosidad) añade el autor citado una tercera de índole instrumental: el tribunal debe tener a su alcance la infraestructura humana y material precisa para garantizar el éxito de la medida atípica acordada; de otro modo, la finalidad justificativa de la restricción no sería realmente alcanzable y la medida alternativa sería, a la postre, inidónea (contraviniendo el criterio de proporcionalidad)<sup>279</sup>.

Aunque estamos de acuerdo con el autor citado debemos puntualizar algunos aspectos. En primer lugar, como hemos señalado, la imposibilidad de sustituir la medida legalmente prevista por otra menos gravosa puede exigir el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad si la medida legalmente prevista afecta al contenido esencial de un derecho o vulnera la exigencia de proporcionalidad. En segundo lugar, hay que precisar que la exigencia de disponibilidad y actualidad de las medidas alternativas debe matizarse: las medidas serán disponibles y actuales en cuanto se hallen en la órbita de competencias y recursos de las Administraciones públicas, aunque no se haya establecido un cauce formal (sin duda deseable) para facilitar la puesta en marcha de tales medidas por solicitud del tribunal y bajo su control.

---

<sup>279</sup> Según GONZÁLEZ-CUELLAR: «los jueces pueden imaginar multitud de medidas alternativas diferentes de las legalmente previstas, pero sus ideas no podrán ser llevadas a la práctica con eficacia si dichas medidas presuponen la existencia de una infraestructura adecuada que permita su aplicación. Mientras el legislador no decida regularlas y dotar a la Administración de Justicia de los medios materiales y humanos apropiados para garantizar su éxito, las medidas alternativas carecerán de la necesaria eficacia y habrán de ser consideradas inidóneas en muchos casos. Semejante condición, de carácter instrumental, muestra su importancia en relación con las medidas alternativas a la prisión provisional. Muchas de ellas no precisan de una especial infraestructura y para su aplicación basta contar con los medios ordinarios de la Administración de Justicia (Jueces, Fiscales, Policía...). Sin embargo, otras precisan de la existencia de funcionarios especializados (asistentes sociales, educadores, médicos...) e instalaciones adecuadas (centros de rehabilitación, de formación...)» (González-Cuellar Serrano, N., «El principio de proporcionalidad...», 1998, cit., pág. 208).

En sentido parecido, PECES-BARBA, afirma en referencia a las decisiones judiciales relativas a derechos sociales que «El juez puede intervenir en el caso concreto, pero no debe, en este ámbito, establecer decisiones que puedan tener un efecto imitativo ni servir de precedente a modificaciones de la distribución general de fondos, lo que podría perjudicar al conjunto de los beneficiados por los derechos sociales»; ilustra su postura con la sentencia de la Audiencia Nacional que otorgando una indemnización a un enfermo fallecido mientras estaba en lista de espera por responsabilidad objetiva de la administración sanitaria producía una redistribución de los recursos generales (Peces-Barba Martínez, Gregorio, «Reflexiones sobre los derechos sociales», en AA. VV. cit., 2009, págs. 99 y 100; del mismo autor, vid. *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Dykinson, Madrid, 1999, *pássim*).

f) Extensión y límites del principio de proporcionalidad: reglas y principios constitucionales.

El principio de proporcionalidad vincula al tribunal ordinario cuando para satisfacer el derecho a la tutela efectiva del demandante y todos aquellos derechos que se sitúan tras éste (el derecho subjetivo o interés legítimo que se tutela mediante el proceso) debe adoptar (y regular) medidas de restricción de derechos, tanto si éstos son los derechos fundamentales susceptibles de amparo ex art. 53.2 CE (art. 14 y secc. 1.<sup>a</sup> —*derechos fundamentales y libertades públicas*—, cap. II, tít. I), como si son los derechos y libertades a que alude el art. 53.1 CE (cap. II —*derechos y libertades*—, tít. I) que «vinculan a todos los poderes públicos», como si se trata del resto de los derechos que consagra el título I —*derechos fundamentales y libertades públicas*—, es decir, los derechos económico-sociales que reconocen los arts. 40 a 52 de la CE (cap. III —*principios rectores de la política social y económica*—, del tit. I) en cuanto también éstos deben «informar la legislación positiva» y la «práctica judicial» (art. 53.3 CE): de modo que si los principios vinculan al legislador (que debe tomarlos en cuenta al legislar), están presentes en su legislación y el tribunal debe interpretar en qué medida lo están y tomarlos el mismo en consideración (a partir de su consagración constitucional y legal) para interpretar las normas sobre todo cuando dispone de un margen interpretativo amplio (art. 703 LEC, por ejemplo).

Por consiguiente, el tribunal no sólo debe controlar a través del principio de proporcionalidad la restricción durante el proceso de ejecución forzosa de aquellas posiciones jurídicas reconocidas como derechos (mediante reglas y principios) por los arts. 53.1 y 2 CE (vida e integridad física, libertad, vida privada...), sino también de las posiciones jurídicas de derecho fundamental reconocidas exclusivamente mediante principios contemplados en el art. 53.3 CE (vivienda, familia, infancia, tercera edad...). Una restricción inútil o groseramente innecesaria o desproporcionada de estos últimos (aun cuando tenga como finalidad la satisfacción de derechos amparados por un título ejecutivo, como el derecho a la tutela efectiva o los derechos que se amparan en ella como pueda ser el derecho a la propiedad privada) se podrá considerar (si pudiera

evitarse sin vulnerar frontalmente reglas procesales) contraria al mandato que la Constitución impone a los tribunales de «informar la práctica judicial» con tales principios; afirmandose así su valor como verdaderos derechos —posiciones jurídicas amparadas por normas en forma de principios— con fuerza vinculante para los tribunales, que se deben hacer valer por vía interpretativa con el auxilio del principio de proporcionalidad<sup>280</sup>.

No se trata ya sólo de que los derechos calificados como derechos económicos y sociales puedan servir (normalmente al legislador) como fundamento legal o causa legítima para restringir otros derechos fundamentales (como han reconocido en numerosas sentencias tanto el TC como el TEDH)<sup>281</sup>, sino de que su propia restricción, aun cuando sea en favor del desarrollo de derechos fundamentales del máximo rango —como el derecho a la tutela efectiva o el de propiedad—, debe ser controlada también según el parámetro de la proporcionalidad (por el legislador y por los tribunales). Lo anterior nos lleva a afirmar no tanto que los principios rectores de la política social y económica deban ser considerados derechos fundamentales (cuestión polémica que depende de las exigencias de protección que se considere que una posición jurídica reconocida en la constitución debe recibir

---

<sup>280</sup> Como afirma GARCÍA DE ENTERRÍA: «el carácter normativo de la Constitución no impone sólo su prevalencia en la llamada interpretación declarativa, también en la (indebidamente) llamada interpretación integrativa, que colma insuficiencias de los textos legales a aplicar; ambas funciones, aunque sin el carácter jerárquicamente superior que manifiestamente presenta la Constitución, están hoy recogidas al hablar de los principios generales del Derecho por el artículo 1.4 del Código Civil, como es bien sabido. La interpretación conforme a la Constitución de toda y cualquier norma del ordenamiento tiene una correlación lógica en la prohibición, que hay que estimar implícita, de cualquier construcción interpretativa o dogmática que concluya en un resultado directa o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales» (García de Enterría, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, cit., pág. 132). MONEREO PÉREZ, aludiendo en particular al art. 45 CE (derecho al medio ambiente), afirma que «ubicado en el Capítulo III del Título I de la Constitución, que lleva por rúbrica “De los principios rectores de la política social y económica” contiene una verdadera norma jurídica, coherente con el valor normativo de todos los preceptos constitucionales, cuestión distinta es que en dicha norma se formule el derecho al medio ambiente como un “principio” rector, con la garantía prevista en el art. 53.3 del texto constitucional» (MONEREO PÉREZ, José Luís, *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Bomarzo, Albacete, 2009, pág. 126)., lo que considera un «sistema debilitado de garantías» aunque «No se trata de una simple norma programática, sino que puede ser objeto de alegación ante los Tribunales, conforme al art. 53.3 CE, teniendo, pues, valor normativo y vinculan a los poderes públicos, cada uno en su respectiva esfera, a hacerlos eficazmente operativos» (*ibidem*, pág. 140).

<sup>281</sup> vid. infra. tercera parte.

para ser calificada de «ius-fundamental»<sup>282</sup>, como, más pragmáticamente, que tales principios son vinculantes para los poderes públicos y, por consiguiente, susceptibles de condicionar, a través del principio de proporcionalidad, la regulación legal o la aplicación administrativa o judicial del ordenamiento

---

<sup>282</sup> Polémica en la que terciar sería osado (e innecesario para los fines de nuestro trabajo). Afirma BERNAL PULIDO que puesto que el principio de proporcionalidad se define como un criterio para determinar el contenido los derechos fundamentales «un presupuesto lógico de su utilización es siempre la circunstancia de que un derecho fundamental deba ser aplicado jurisdiccionalmente. Como es bien sabido, la respuesta a la pregunta ¿cuáles son las disposiciones de derecho fundamental en la Constitución?, pasa por álgidas discusiones en todos los ordenamientos jurídicos. En el caso español, este debate se encuentra parcialmente zanjado, en razón del consenso existente en la jurisprudencia y la doctrina, en cuanto a que únicamente los enunciados que componen el Capítulo II del/Título I CE tienen el carácter de disposiciones de derecho fundamental. Sin embargo, aún persiste el interrogante de si el principio de proporcionalidad también debe emplearse, cuando deben ser aplicadas las disposiciones que componen el Capítulo III del mismo Título, es decir, los Principios Rectores de la Política Social y Económica» (Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, págs. 189 y 190).

En este sentido, BASTIDA, desde una perspectiva declaradamente positivista de la Constitución (que opone a la que considera perspectiva iusracionalista de Alexy) «no son derechos fundamentales los derechos del Capítulo III del Título I, a pesar de establecerse como “derechos”. Hubiera sido un contrasentido que la CE proclamase como derecho fundamental el “derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada” (art. 47) cuando lo que hace es remitir la legislador la competencia para definir el objeto, contenido y límites de ese derecho (art. 53.3)» y, es más, «Desde una perspectiva exclusivamente positivista, que considera la Constitución como norma jurídica suprema, puede afirmarse que en la Constitución Española todos los derechos que en ella se reconocen o son derechos fundamentales o, como se acaba de ver en relación con el Capítulo III del Título I, son meros principios rectores aunque algunos se enuncien como derechos» (Bastida, Francisco J., «¿Son los derechos sociales derechos fundamentales?», en *Derechos sociales y ponderación*, cit., 2009 págs. 138 y 139). Para BASTIDA, los derechos fundamentales sólo son aquéllos cuyos destinatarios pueden exigir de modo potencialmente inmediato con base en su contenido esencial derivado de la Constitución, sean contenidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, sean los contenidos en otras parte de la Constitución aun cuando para su eficacia sea precisa una norma de desarrollo (pues ésta será constitucionalmente exigible por sus destinatarios) (*ibidem*, págs. 111 a 118 y 140); es más, este autor, sin negar que los principios rectores tengan eficacia constitucional considera que no amparan posiciones jurídicas calificables como derechos, aunque algunos utilicen este término para aludir a ellos (*ibidem*, pág. 139). Considera, asimismo, que la dignidad humana como aquella que corresponde a todo ser humano por el hecho de serlo se expresa y concreta únicamente en los derechos fundamentales así definidos (*ibidem*, págs. 131 a 135). Por el contrario, HIERRO afirma que «los derechos, en cuanto situaciones normativas, tienen, como las normas, una dimensión de eficacia o vigencia que sólo la ceguera formalista puede desconocer o minusvalorar [...] el que la configuración de un derecho dependa de ulteriores precisiones institucionales y no de su mero enunciado no es una característica específica o peculiar de los derechos económico-sociales»; (Hierro, Liborio L., «Los derechos económico sociales y el principio de igualdad en la teoría de Robert Alexy», en *Derechos sociales y ponderación*, cit., 2009, pág. 187). Ahora bien, este mismo autor sostiene que «si no es posible establecer sobre nadie el deber que satisface el derecho, carece de sentido afirmar que el derecho existe [...] es un “derecho de papel”» (*ibidem*, pág. 2000). PÉREZ LUÑO, en cambio, entiende que aun en tal caso el derecho mantendría una «dimensión emancipatoria» y un «contenido axiológico» (Pérez Luño, A. E., *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, págs. 175 y 176.

amparando posiciones jurídicas subjetivas.

La aplicación o satisfacción mediante el principio de proporcionalidad de aquellos derechos fundamentales únicamente amparados por principios jurídicos (como son los derechos económicos y sociales del capítulo III del libro I CE) tiene como límite el carácter relativo que se otorga a los mismos. En efecto; si los principios son mandatos de optimización de resultados *conforme a las circunstancias concurrentes en el caso* (entre ellas, el volumen de medios materiales o recursos disponibles por el Estado) ¿es posible que tales «circunstancias del caso» autoricen, en un determinado contexto, el desconocimiento absoluto de la posición jurídica amparada por uno de tales principios?. Dicho de otro modo ¿puede ceder un principio de modo absoluto ante otro principio —o ante una regla— cuando las circunstancias concurrentes no permiten otra solución?. Por ejemplo, en un desalojo de vivienda ¿puede privarse al ocupante de su derecho a la vivienda (dejándolo, literalmente, en la calle y sin alojamiento alternativo) cuando no existe otra forma (por falta de medios o recursos públicos o privados) para dotar de eficacia el derecho a la tutela del ejecutante en un tiempo razonable (y los demás derechos fundamentales que dicha tutela satisface indirectamente) amparado por reglas procesales expresas —así como por derechos fundamentales reconocidos mediante expresas reglas constitucionales (derecho a la tutela efectiva)—?. Una respuesta afirmativa nos situaría ante la negación absoluta de la posición jurídica del ejecutado amparada por el principio amparado por el art. 47 CE (el ocupante quedaría sin vivienda) debido a que el principio no estaría vigente (no existirían posibilidades de optimización) en las condiciones reales y jurídicas del caso de las que su vigencia y eficacia es dependiente. Podría decirse que el nivel de optimización alcanzado en estos caso sería nulo.

En primer lugar, la cuestión planteada se matiza cuando no nos situamos ante posiciones jurídicas exclusivamente amparadas por principios. Cuando la posición de derecho fundamental tutelada a través de un principio fuera de las contenidas en el capítulo segundo del título primero de la Constitución, el desconocimiento absoluto de la posición de derecho fundamental amparada por el principio ocasionaría, simultáneamente, una vulneración del contenido esencial del derecho fundamental del demandado consagrado por una regla constitucional prohibitiva.



Es decir, siguiendo con el ejemplo propuesto, si se interpreta la normativa reguladora del lanzamiento entendiendo que autoriza a dejar a una persona sin hogar de modo expeditivo (interpretando que de otro modo se vulneraría el derecho a la tutela sin dilaciones indebidas que protegen los plazos del proceso de ejecución), dicha norma (así interpretada) estaría vulnerando, muy probablemente (o con toda seguridad si se trata de una persona enferma o de otra forma especialmente vulnerable), el contenido esencial de los derechos a la integridad física, a la intimidad, a la seguridad... En estos casos lo que se vulnera no es tanto el principio (el mandato de optimización de la integridad física de las personas, de la intimidad o de la seguridad... o de la vivienda), dependiente, como tal derecho «prima facie», de las circunstancias del caso (que, como hemos propuesto hipotéticamente, podrían ser tales que impidiesen su optimización: la Administración carece de recursos, la satisfacción del principio contradice una regla constitucional) sino una regla constitucional prohibitiva que impide vulnerar el contenido esencial de los derechos fundamentales y que, como tal regla, tiene carácter absoluto<sup>283</sup>. En este sentido, señala GONZÁLEZ-CUELLAR que «cuanto más se alejen los intereses de los particulares del núcleo central constituido por los derechos fundamentales limitados, la exigibilidad de la aplicación del principio de proporcionalidad se difumina por la progresiva pérdida de normatividad que causa el distanciamiento del ámbito de protección de los derechos fundamentales más fuertemente tutelados, que son aquellos que se contemplan en la Sección 1 del Capítulo 2 del Título I de la CE. Por ello, la “clase” de interés apreciado en la ponderación repercute necesariamente en los efectos del principio de proporcionalidad y en su grado de obligatoriedad respecto a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial»<sup>284</sup>.

---

<sup>283</sup> Estas cuestiones deben relacionarse con la prohibición que en la esfera del derecho internacional de los derechos humanos se hace de los desalojos forzosos y la exigencia derivada de esta prohibición de evitar que como consecuencia de un desalojo queden personas sin hogar. En este ámbito internacional la prohibición de dejar personas sin hogar se considera avalada por un derecho económico social y, como tal, vinculando (en gran medida, aunque no absolutamente) a los recursos disponibles por el estado para atender las necesidades económico-sociales de sus ciudadanos y, por tanto, también dependiente de las circunstancias concurrentes en cada caso (es un derecho relativo, como los avalados por principios y no absoluto, como los avalados por reglas). Sin embargo, en paralelo a lo que exponemos en el texto, en el ámbito internacional de los derechos humanos se ha destacado la interrelación entre todos los derechos humanos, de modo que al dejar a una persona sin hogar se vulneran también derechos civiles y políticos que ya no están vinculados en su exigencia a la capacidad económica del Estado. Vid. *infra*, tercera parte, capítulo primero.

<sup>284</sup> *Ibidem*, pág. 215.

En este mismo sentido, hay que advertir que aun cuando una posición jurídica de derecho fundamental resulte, aparentemente, sólo amparada por principios (en nuestro sistema constitucional: derecho a la vivienda, protección a la familia, derecho a la protección en situaciones de necesidad, etc.), el desconocimiento absoluto de uno de estos principios protectores de bienes básicos para la supervivencia se revela, frecuentemente, como simultánea vulneración de una regla prohibitiva relativa a otra posición jurídica de derecho fundamental conexas y amparada por una norma de derecho fundamental situada en la zona más protegida constitucionalmente (al dejar sin vivienda al demandado enfermo o menor quizá no se vulnere, en ciertas condiciones, el principio —el que ampara el derecho a la vivienda—, pero sí se vulnera el derecho a la integridad física y a la seguridad —amparado por una regla prohibitiva: el contenido esencial del derecho— al dejar al ocupante expuesto al entorno y en situación de desvalimiento)<sup>285</sup>.

En segundo lugar, podría afirmarse que siendo los principios mandatos de optimización (y por ello dependientes de las circunstancias del caso), en toda situación concreta es concebible la posibilidad de un mínimo de protección a la posición protegida por el principio (un cierto grado de optimización). El tribunal a cargo del lanzamiento siempre podrá adoptar (cuando tiene margen para ello y en nuestro ordenamiento lo tiene: el art. 703.1 LEC le permite adoptar las medidas que procedan) alguna medida que aun cuando orientada en última instancia a la entrega del inmueble consiga reducir la lesión de las posiciones jurídicas del demandado (aun las amparadas exclusivamente por principios) garantizando, cuando menos, un mínimo de resultados<sup>286</sup> aunque para ello la satisfacción del derecho a la tutela y a

---

<sup>285</sup> BASTIDA reconoce esta posibilidad y, aun negando a los derechos sociales contenidos en el Capítulo III del título I de la Constitución el carácter de derechos fundamentales, afirma que, no obstante, «podrían adquirir ese carácter fundamental por vía jurisprudencial, si su contenido se incluye en la dimensión objetiva de los derechos propiamente fundamentales», observa, sin embargo —¿con alarma?— que tal mecanismo «podría entrañar una mutación constitucional tanto de las relaciones constitucionales entre el legislador y los jueces como de la posición de los derechos sociales, si constitucionalmente están concebidos como meros principios rectores de la política social y económica, con exclusión de su eficacia directa» (Bastida, Francisco J., «¿Son los derechos sociales derechos fundamentales?», en *Derechos sociales y ponderación*, cit. págs. 148 y 149).

<sup>286</sup> En el ámbito internacional de los derechos humanos, se ha destacado la existencia de un mínimo indisponible para los derechos económicos y sociales (una especie de contenido esencial de tales derechos).

la propiedad del arrendador demandante sufra algún retraso o menoscabo menor (que se entenderá proporcionado)<sup>287</sup>. No debe olvidarse que el criterio de necesidad (como criterio instrumental de la proporcionalidad) exige acudir a los medios menos lesivos de entre los disponibles y que el de proporcionalidad en sentido estricto prohíbe una restricción grave de una posición jurídica si proporciona un beneficio menor a la posición jurídica contraria. De este modo, por ejemplo, aunque el

---

<sup>287</sup> ALEXY afirma que «la exigencia de tomar en serio las determinaciones establecidas por las disposiciones de derecho fundamental, es decir, el texto de la Constitución, es una parte del postulado de la sujeción a la Constitución [...] tanto las reglas estatuidas por las disposiciones constitucionales como los principios estatuidos por ellas son normas constitucionales» (Alexy, *Teoría*, págs. 134 y 135). Tales principios (como exigencias de optimizar unos resultados según las circunstancias concurrentes) pueden ser conceptuados como derechos fundamentales si las posiciones creadas por ellos son tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la mayoría parlamentaria (*ibidem*, pág. 432). Cosa distinta son los mecanismos que haya establecido el art. 53 CE para garantizar el respeto de su otorgamiento por el legislador. Lo relevante es que los principios de carácter económico-social, como tales principios constitucionales que amparan posiciones iusfundamentales (derechos económicos y sociales), exigen una ponderación entre el principio de libertad fáctica —frente a la necesidad— (que considera en la base de los derechos sociales) y los principios de división de poderes, el principio democrático de decisión o el principio de libertad jurídica que amparan la libertad del legislador frente a ellos: Si una prestación es requerida por el principio de libertad fáctica y los principios opuestos son afectados «en una medida relativamente reducida» entonces cabe admitir que está reconocido por la Constitución. Esto ocurre, según Alexy, en el caso de los derechos fundamentales sociales en su contenido «mínimo»: «a un mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel estándar mínimo de asistencia médica» (Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, págs. 495). Vid. HIERRO, Liborio, L., «Los derechos económico sociales y el principio de igualdad en la teoría de Robert Alexy», en AA. VV. (Alexy, Robert, et alii), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, págs. 215 a 220; Vid., en la misma obra, GARZÓN VALDÉS, Ernesto, «Cinco consideraciones acerca de la concepción de los derechos sociales de Robert Alexy», págs. 151 y 152; este último autor afirma que «si se quiere mantener la estabilidad de un diseño constitucional democrático, la inclusión de un “coto vedado” a la intervención legislativa no sólo no entra en contradicción con el principio de democracia sino que es condición necesaria del mismo» pues, afirma, citando a Saeger, L. («The domain of Constitutional Justice», en Alexander, L., ed, *Constitutionalism Philosophical Foundations*, Cambridge University Press, 1998, págs. 235 a 270) que «Ninguna mayoría está moralmente autorizada para infringir derechos, libertades y oportunidades que son esenciales para la existencia y operación de la democracia misma» (citado en pág. 153).

La cuestión clave en estos razonamientos es determinar la relevancia de los derechos sociales para restringir la libertad del legislador, cuestión que ALEXY, centra en la función que desempeñan frente a la denominada libertad fáctica. Siguiendo a STEIN, afirma que «La libertad es sólo real cuando se poseen las condiciones de la misma, los bienes materiales y espirituales en tanto presupuestos de la autodeterminación» (*ibidem*, pág. 487). El autor justifica que la libertad fáctica es necesaria para que la libertad, cuya garantía es, sin duda, función de los derechos fundamentales, no sea un derecho de significado vacío para sus destinatarios. Afirma, asimismo, que la función de los derechos fundamentales es, precisamente, procurar a los ciudadanos aquello que para ellos es trascendental e indeclinable. Por último, señala que en el centro del sistema jurídico constitucional se halla la dignidad de la persona inaccesible sin un mínimo de libertad fáctica (*ibidem*, págs. 488 y 489).

tribunal estimase que el desalojo no vulnera el contenido esencial del derecho a la integridad física, a la vida privada o cualquier otro derecho amparado por el contenido esencial de un derecho fundamental no tendría por ello vía libre para actuar expeditivamente y con lesión grave de posiciones amparadas por principios como los que ordenan la protección a la infancia, a la tercera edad, a la familia o a la vivienda sólo por no dilatar unos días más más el lanzamiento.

Proceder a destruir una posición jurídica amparada por un mandato de optimización (un principio), haciendo nula la optimización pretendida, sin poner en juego los recursos existentes para que no sea así, con el fin de dar la máxima satisfacción a otro derecho, debe considerarse una vulneración del principio de proporcionalidad y, más en concreto, del criterio de proporcionalidad en sentido estricto o racionalidad, que difícilmente se cumplirá si un derecho es suprimido plenamente y sin consideraciones (para una persona determinada en un caso determinado) a costa de la realización máxima de otro: desequilibrio que no puede ser autorizado a los poderes del Estado<sup>288</sup>.

En tercer lugar, en relación ahora a la falta de medios materiales como argumento para la anulación del efecto protector de los principios, no cabe sostener seriamente que en las sociedades occidentales avanzadas las condiciones de los poderes públicos al aplicar medidas de ejecución sean tales (salvo que las Administraciones Públicas cayesen en una indigencia absoluta) que imposibiliten otra medida que no sea la que prescindir sin paliativos de las posiciones jurídicas que pretendían amparar los principios. En este sentido, conviene matizar que la falta de medios o recursos para implementar medidas ejecutivas consideradas adecuadas en un caso concreto no debe interpretarse de modo maximalista, exigiendo la preexistencia de una organización personal y material *ad hoc*, puesta expresamente (mediante protocolos específicos) a disposición del tribunal para alcanzar el fin perseguido. En nuestra opinión, para que el tribunal pueda acceder a tales medidas bastará con que sean aquellas para las cuales alguna Administración Pública ya disponga de potestades (y, por tanto, de recursos y de personal). Dicho de otro modo: la

---

<sup>288</sup> Así se entiende en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos como veremos en la parte tercera de nuestro trabajo (capítulos 2 y 3).

Administración Pública atiende numerosas funciones públicas que, de ser adecuadas y suficientes para el fin perseguido por el tribunal (y menos gravosas que otra medida ejecutiva, aun dispuesta expresamente por ley), pueden y deben ser reclamadas por éste (art. 118 CE), aun cuando no formen parte del elenco habitual de medios puestos al servicio de los tribunales a través de la oficina judicial o las Unidades Administrativas. Por otra parte, corresponderá al tribunal instar, dirigir y controlar la realización de la actividad administrativa que ordena sin que una mera delegación en la Administración para la adopción de medidas que garanticen la proporcionalidad (menos aún si los resultados de esta delegación no son comprobados) se pueda considerar cumplimiento de la función jurisdiccional de aplicación ponderada del derecho a través del principio de proporcionalidad.

g) Control por el TC del principio de proporcionalidad en el proceso

Cuando el derecho que se pondera frente al derecho a la tutela judicial efectiva (en cuanto derecho a la ejecución) es alguno de los derechos fundamentales susceptibles de amparo conforme al apartado segundo del art. 53 CE (una diligencia de lanzamiento con incidencia en la integridad física de los ocupantes, por ejemplo) la vulneración del principio de proporcionalidad por el tribunal permite acudir en amparo ante el TC que puede así controlar la corrección de la restricción. En cambio, si el derecho afectado por la ejecución es alguno de los derechos mencionados en los apartados primero (derechos y libertades) o tercero (derechos económicos y sociales) del art. 53 CE y sin perjuicio del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad (si el tribunal no considera posible una interpretación conforme a la Constitución de la norma restrictiva)<sup>289</sup>, la aplicación indebida del principio de proporcionalidad sólo puede impugnarse mediante los

---

<sup>289</sup> La STC 113/1989, de 22 de junio (ya citada) afirma en su FJ 3.º que «Los valores constitucionales que conceden legitimidad al límite que la inembargabilidad [el respeto a la dignidad humana como fundamento del orden público y de la paz social (art. 10.1 CE), la protección de la familia (art. 39 CE), el mantenimiento de la salud (art. 41 CE) y el uso de una vivienda digna y adecuada (art. 47)] unidos a las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad que debe garantizar el régimen público de Seguridad Social [...] obligan a los poderes públicos, no sólo al despliegue de la correspondiente acción administrativa prestacional, sino además a desarrollar la acción normativa que resulte necesaria para asegurar el cumplimiento de esos mandatos constitucionales» (FJ 3).

recursos ordinarios pertinentes (arts. 562 y 563 LEC)<sup>290</sup>.

Deben distinguirse los supuestos en que la restricción de un derecho está prevista en la ley (material o procesal) y el tribunal se limita a aplicar esta restricción al caso concreto de los supuestos en que el legislador deja un ámbito indeterminado para la restricción de derechos cuya precisión se atribuye al órgano jurisdiccional encargado de la aplicación normativa. En el primer caso, TC valorará tanto la constitucionalidad de la ley misma como la interpretación efectuada por el tribunal ordinario de dicha ley (y el conjunto de normas concordantes). En el segundo caso, la vulneración del derecho fundamental por incumplimiento del principio de proporcionalidad puede imputarse directamente al acto aplicativo mismo y no a la ley (cosa distinta es que el acto habilitante, en sí mismo y en toda su extensión, se considere ya contrario al principio de proporcionalidad)<sup>291</sup>.

Cuando el legislador procesal haya establecido reglas muy precisas que imposibiliten toda interpretación favorable al principio de proporcionalidad. En estos casos, la percepción por el tribunal de que el legislador, más allá del principio democrático, ha vulnerado con tal regulación la proporcionalidad que le es exigida constitucionalmente sólo puede conducir al planteamiento por el tribunal de una cuestión de inconstitucionalidad, sin que, en cambio, le esté permitido inaplicar reglas jurídicas post-constitucionales.

i. Control de constitucionalidad de la aplicación del principio de proporcionalidad por el legislador procesal.

Con relación a la actuación del legislador, el principio de proporcionalidad supone

---

<sup>290</sup> Afirma BARNÉS VÁZQUEZ que la protección que dispensa el principio «en cuanto escudo que acompaña a cualquier *situación de ventaja reconocida por el ordenamiento* —y no sólo a los derechos fundamentales—, podrá ser alegada (con base, en esencia, en el art. 1.1 CE) ante cualquier jurisdicción, siempre que la restricción o gravamen sea obra del *poder público*» (Barnés Vázquez, J., «El principio de proporcionalidad», 1998, op. cit., pág. 21; la cursiva es del original).

<sup>291</sup> GAVARA DE CARA considera a este respecto que «posiblemente sea difícil extraer conclusiones diferenciadas sobre la base del objeto al que es aplicable el principio de proporcionalidad según se controle resoluciones administrativas o judiciales o bien decisiones legislativas, aunque la aplicación del principio se realiza por parte del Tribunal Constitucional de forma fragmentaria y asistemática» (GAVARA DE CARA, Juan Carlos «El principio de proporcionalidad...», 2003, cit.).

un límite a la discrecionalidad política<sup>292</sup>. Aplicando el principio de proporcionalidad el Tribunal Constitucional controla, mediante recurso o cuestión de inconstitucionalidad, la adecuación a la Constitución de las leyes que contengan restricciones no proporcionadas de los derechos fundamentales (aplicando el denominado «principio de proporcionalidad en la ley»). Este control debe ser muy cuidadoso para no agostar el poder de configuración del legislador, que forma parte de la división de poderes propia del Estado de Derecho (principio democrático)<sup>293</sup>.

En varias ocasiones el TC ha evaluado desde el parámetro de proporcionalidad la constitucionalidad de leyes restrictivas del derecho a la tutela efectiva<sup>294</sup> en su faceta del derecho a la ejecución de las sentencias y, en particular, de algunas leyes que autorizaban la suspensión o paralización de la ejecución de sentencias o declaraban la inembargabilidad de determinados bienes o ingresos. La finalidad invocada por el legislador como justificación o fundamento de la restricción del derecho a la tutela del demandante (expresiva del derecho a ponderar) variaba según los casos: la protección

---

<sup>292</sup> De ahí que se haya advertido de las posibilidades de abuso en la aplicación del principio de proporcionalidad, permitiendo una extralimitación judicial al sustituir y examinar la libertad de configuración del legislador (MEDINA GUERRERO, Manuel, «El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, septiembre-diciembre, 1998, *pássim*).

<sup>293</sup> Además, para entender vulnerado el principio de proporcionalidad, las mencionadas prohibiciones o criterios deben vulnerarse de forma «evidente y manifiesta» (vid. BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, «El principio de proporcionalidad...», 1998, cit., pág. 16. En particular, con respecto al principio de necesidad se afirma que «Sólo en la hipótesis de que salte a la vista que existe una alternativa menos restrictiva, susceptible de alcanzar el fin *con el mismo grado de efectividad*, nótese bien podrá concluirse en la desproporción de la medida» (*ibidem*, pág. 26; la cursiva es del original).

<sup>294</sup> Pese a ser un derecho de configuración legal; GAVARA DE CARA advierte que parte de la doctrina española ha entendido que el principio de proporcionalidad «no sería aplicable a la actividad configuradora de los derechos fundamentales, es decir, el desarrollo normativo de los derechos fundamentales que no suponga una restricción a su contenido». No obstante, rechaza el argumento por cuanto «La actividad normativa conectada a los derechos de configuración legal puede implicar la introducción de límites para dichos derechos y a esos límites o restricciones sí que sería susceptible de ser aplicado el principio de proporcionalidad». Entiende, sin embargo, que en la medida que la configuración legal no establezca límites al derecho sino modalidades de ejercicio del mismo será posible dar entrada al citado principio pues «el principio de proporcionalidad se centra en examinar la idoneidad, el alcance, las alternativas y la razonabilidad de una restricción al derecho fundamental» Con todo, no debe perderse de vista que las normas reguladoras de la ejecución junto a las condiciones de ejercicio del derecho a la tutela (ejecutiva) regulan la inmisión o restricción de derechos que requiere la imposición de sanciones y, en este sentido, pueden ser contempladas como normas restrictivas de derechos sobre los que inciden (GAVARA DE CARA, Juan Carlos «El principio de proporcionalidad ...», 2003, cit.)

de derechos económico-sociales del ejecutado (derecho a la vida privada, a la vivienda, la protección del medio ambiente, protección de los consumidores...); el propio derecho a la tutela efectiva del demandado; la protección de ciertos elementos del interés público como el correcto funcionamiento de la hacienda local.

En la STC 4/1988, de 21 de enero<sup>295</sup>, el TC se pronunció sobre la constitucionalidad de ciertos preceptos legales que retrasaban el comienzo de la ejecución forzosa frente a entidades aseguradoras en liquidación. Dicho retardo suponía una restricción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), pues «impide la efectividad inmediata del derecho a la ejecución de las Sentencias y, en definitiva, a la inmediatividad de la tutela judicial de los derechos de contenido patrimonial por los que se accionó» (FJ 5). Sin embargo, el TC consideró que, en principio, tal restricción era admisible, pues «puede el legislador, mediante la definición apriorística, general y abstracta de los supuestos de hecho, aplazar la ejecución o supeditarla a la existencia o ausencia de determinadas condiciones», siempre que la limitación o restricción «se haga en atención a *finalidades lícitas* y haya una *proporcionalidad* entre esto y la regulación legal» (FJ 5). El TC entendió que en este caso la finalidad perseguida era lícita pues se identificaba con la defensa del propio derecho a la tutela judicial efectiva de los acreedores preteridos (art. 24 CE) en cuanto el retardo de la ejecución garantizaba la *par conditio creditorum*, y los derechos de los consumidores asegurados (art. 51 CE), protegiendo a aquellos acreedores que «no han contado con los medios e informaciones adecuados para acudir a los Tribunales con igual presteza que otros y no se han visto beneficiados de la actuación de los liquidadores sociales hasta el momento» (FJ 6).

En la STC 113/1989, de 22 de junio<sup>296</sup>, el Tribunal Constitucional enjuiciaba la constitucionalidad de la inembargabilidad de pensiones establecida por el art. 22.1

---

<sup>295</sup> Cuestión de inconstitucionalidad. Pleno. Ponente: Francisco Rubio Llorente. Se trataba de determinar la constitucionalidad, entre otros, del art. 32 de la Ley 33/1984, de Ordenación del Seguro Privado, en cuanto establecía ciertas trabas para la ejecución forzosa de los créditos frente a Entidades aseguradoras en liquidación en defensa de la *par conditio creditorum* y del derecho de los consumidores (art. 51 CE). El TC declara la constitucionalidad de los preceptos enjuiciados.

<sup>296</sup> Cuestión de inconstitucionalidad. Pleno. Ponente: Eugenio Díaz Eimil. El TC declara la inconstitucionalidad del precepto. Según FERNÁNDEZ-BALLESTEROS «la circunstancia de que estas declaraciones fueran hechas en relación con la inembargabilidad no les restan valor general» (Fernández-Ballesteros López, *Derecho Procesal Civil III*, 1995, cit., pág. 30).



de la Ley General de la Seguridad Social. El Tribunal consideró el «límite que la inembargabilidad impone al derecho del acreedor a que se cumpla la sentencia firme que le reconoce el crédito» (FJ 6), entendiendo que el derecho a la ejecución puede verse sometido a requisitos o limitaciones sólo si existen «razonables finalidades de protección de valores, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan debida *proporcionalidad* con dichas finalidades, lo cual significa que serán inconstitucionales, por vulneración del derecho fundamental, aquellos requisitos, formalidades y limitaciones que comprometen su ejercicio de tal forma que no resulten comprensibles a la luz de una ponderación razonable y proporcionada de los valores acogidos en la Constitución» (FJ 3). La sentencia reconocía como fines razonables que «conceden legitimidad al límite» impuesto aquellos valores constitucionales entre los que se cuentan «el respeto a la dignidad humana configurado como el primero de los fundamentos del orden público y de la paz social en el art. 10.1 CE al cual repugna, que la efectividad de los derechos patrimoniales se lleve al extremo de sacrificar el mínimo vital del deudor, privándole de los medios indispensables para la realización de sus fines personales» así como derechos como «la protección de la familia, el mantenimiento de la salud y el uso de una vivienda digna y adecuada, valores éstos que, unidos a las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad que debe garantizar el régimen público de Seguridad Social, están constitucionalmente consagrados en los arts. 39, 41, 43 y 47 CE» (FJ 3); asimismo, el TC consideraba que también existía adecuación de los fines a los medios pues «resulta razonable y congruente crear una esfera patrimonial intangible a la acción ejecutiva de los acreedores que coadyuve a que el deudor pueda mantener la posibilidad de una existencia digna» lo que le permitía afirmar «la justificación constitucional de la inembargabilidad de bienes y derechos como límite del derecho a ejecutar Sentencias firmes» (FJ 3). Sin embargo, el Tribunal entendía que la medida carecía de proporcionalidad pues para ello hubiera sido necesario (lo que no acontecía en este caso) «que la declaración legal de inembargabilidad se desenvuelva dentro de los límites cuantitativos que resulten imprescindibles para asegurar el mínimo económico vital de sus beneficiarios y no los sobrepasen de manera tal que se extienda su inmunidad frente a la acción ejecutiva de los acreedores en cuantía que resulte

excedente a ese mínimo vital, pues en este caso se estará sacrificando el derecho fundamental de los acreedores a hacer efectivo el crédito judicialmente reconocido más allá de lo que exige la protección de los valores constitucionales que legitima la limitación de este derecho. [...] al no señalar límite cuantitativo, constituye sacrificio desproporcionado del derecho a que las Sentencias firmes se ejecuten, garantizando, según se deja dicho, por el art. 24.1 de la Constitución» (FJ 3).

En la STC 158/1993, de 6 de mayo ( Cuestión de inconstitucionalidad. Pleno. Ponente: Carles Viver Pi-Sunyer), el TC debía determinar la constitucionalidad del art. 12 de la Ley 35/1980, de 26 de junio, en cuanto establecía la inembargabilidad de las pensiones reconocidas en favor de los mutilados excombatientes de la zona republicana. El TC afirmaba que la inembargabilidad supone una restricción al derecho a la ejecución de sentencias que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva: «una regla, como la cuestionada, que excluye en términos absolutos la embargabilidad de determinada renta personal supone siempre una limitación del correlativo derecho a la tutela judicial efectiva de quienes pretenden satisfacer de este modo, en vía ejecutiva, los derechos que ostenten frente a deudores beneficiados por cláusulas de este género» (FJ 2). Afirmaba la legitimidad de la finalidad perseguida con la restricción, haciendo suyos los argumentos de la sentencia anterior (protección del mínimo vital que salvaguarde la dignidad humana y otros derechos que dependen de ello como la salud, la vida privada o la vivienda) añadiendo, como justificación específica para este caso concreto, la finalidad de «reparar una discriminación preexistente y a dotar de una protección especial, frente a la ejecución forzosa, a pensiones cuyos beneficiarios se presume están en una situación singular de necesidad, tanto por su avanzada edad como a resultas de las heridas de guerra que aún padecen y esta finalidad no puede tacharse, en sí misma, de irracional o de contraria a precepto alguno de la Constitución, cuyos arts. 49 y 50 comprometen a los poderes públicos para la protección, respectivamente, de los “disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos” y de los “ciudadanos durante la tercera edad”» (FJ 2, letra b). Pero, como en la sentencia anterior, el TC consideraba que el TC «no debe limitarse a la ponderación genérica acerca de si el tipo de diferenciación introducida resulta adecuada o razonable para alcanzar el fin perseguido, si resulta o no arbitraria; sino que, al tratarse de una regla que, al tiempo que protege a un determinado grupo afecta

a otros derechos sustantivos dignos de tutela, la proporcionalidad debe ponderarse con respecto al grado de constricción de esos derechos y teniendo como límite infranqueable el respeto de su contenido constitucional» (FJ 2) y, desde esta última perspectiva el TC entendía que la medida restrictiva (inembargabilidad) no era proporcionada porque lo que «no está en la potestad del legislador es declarar inembargable una determinada pensión, que explícitamente se considera acumulable a “otros haberes del Estado y demás entes territoriales, de la Seguridad Social o de otros entes públicos” (art. 11), en términos absolutos, al margen de toda determinación de cuantías. Obrando de este modo se viene a imponer un límite desproporcionado y, en cuanto tal, inconstitucional al derecho que atribuye el art. 24.1 de la Norma fundamental para obtener la ejecución de lo resuelto, con firmeza, por Jueces y Tribunales» (FJ. 5.º)<sup>297</sup>. En la sentencia 73/2000, de 14 de marzo<sup>298</sup> el TC debía determinar la constitucionalidad de varios preceptos de la Ley Foral 9/1996, de 17 de junio, de Espacios Naturales de Navarra cuya aplicación conducía a la inaplicación singular de una sentencia ya dictada y en curso de ejecución. El TC consideró que la finalidad de la ley, la protección del medio ambiente (art. 45 CE), era legítima y la restricción a que conducía (inejecución de sentencia) proporcionada con relación a dicho fin (FJ 13).

## ii. Control de constitucionalidad de la aplicación del principio de proporcionalidad por los tribunales

---

<sup>297</sup> También sobre inembargabilidad vid. STC 66/1998, de 15 julio (cuestión de inconstitucionalidad. Sala. Ponente: Julio Diego González Campos), declarando parcialmente inconstitucional el principio de inembargabilidad de los bienes públicos que se contenía en el art. 154.2 de la Ley de Haciendas Locales, de 28 diciembre 1988. Vid. COLOM PIAZUELO, Eloy, «Los bienes públicos y su estatuto jurídico: Reflexiones en torno a la inconstitucionalidad del principio de inembargabilidad de los bienes públicos declarada por la STC 166/1998, de 15 julio», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, vol. IV, ed. digital, *Aranzadi Westlaw*, BIB 1998\1204.

<sup>298</sup> Cuestión de inconstitucionalidad. Pleno. Ponente: Julio Diego González Campos. La historia procesal del caso fue muy larga pronunciándose el Tribunal Supremo por dos veces, así como el Tribunal Constitucional (STC 73/2000, mencionada en el texto) y el TEDH (Sentencia del TEDH de 27 abril 2004, caso Gorraiz Lizarraga y otros contra España). Sobre este caso vid. ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel, «Legislador y tutela judicial efectiva: el caso Itoiz y la Sentencia del Tribunal Constitucional 73/2000, de 14 de marzo», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 17/2000 (edición digital Aranzadi West-Law, BIB 2000\1756); RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio, «Tutela judicial efectiva e imposibilidad legal de ejecución de sentencias en materia de urbanismo», *Revista Aranzadi Doctrinal*, num. 3/2009, edición digital en *Aranzadi Westlaw*, BIB 2009\570.

El principio de proporcionalidad regula dos ámbitos distintos de la actividad judicial de aplicación del derecho: la interpretación y aplicación por el tribunal de la ley material cuya aplicación se pretende por las partes (o su revisión, en caso de la aplicación de dicha ley por la Administración) y la interpretación y aplicación por el tribunal de la ley procesal, instrumental de la aplicación de la norma material a un caso concreto.

Ejemplos del primer ámbito de sujeción del tribunal al principio de proporcionalidad son aquellas sentencias en que el TC ha otorgado amparo frente a resoluciones jurisdiccionales por considerar contraria al principio de proporcionalidad la interpretación efectuada de los tipos penales: sea cuestionando la interpretación que hizo el tribunal de la lesión del bien jurídico protegido penalmente relevante<sup>299</sup>, sea cuestionando la interpretación judicial de la posición de garante atribuida al acusado<sup>300</sup>. Ejemplos del segundo supuesto son todas aquellas sentencias en que el TC ha otorgado amparo frente a resoluciones judiciales de inadmisión de una demanda o de un recurso por realizar dichas resoluciones una interpretación formalista de los presupuestos procesales o de

---

<sup>299</sup> La STC 85/1992 (conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor se produce por la conducta de un periodista condenado por injurias). El TC otorga el amparo porque, a pesar de existir una correcta apreciación judicial de los hechos —conducta injuriosa del periodista que constituye un exceso en el ejercicio del derecho a informar y, por ello, una intromisión ilegítima en el derecho al honor del concejal agraviado— no es corregida con una sanción proporcionada a la verdadera entidad de la lesión producida (FJ 5) ya que si bien el TC «tiene poco que decir sobre la forma en que el juez enjuicia los hechos desde la perspectiva de la legalidad penal, también lo es que debe revisar la decisión judicial, cuando en la aplicación de esa legalidad ha prescindido de la dimensión constitucional que adquiere la cuestión al estar en juego derechos fundamentales enfrentados».

<sup>300</sup> En la STC 154/2002, de 18 julio (recurso de amparo; pleno; ponente: Pablo Manuel Cachón Villar) el Tribunal otorga el amparo frente a una sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) que condenó por homicidio a unos padres, testigos de Jehová, que no permitieron una transfusión de sangre ordenada judicialmente a su hijo de 13 años, el cual falleció. El Tribunal Supremo, al condenar, había considerado que los padres tenían posición de garante respecto de la vida su hijo. El TC analiza, con un juicio de proporcionalidad, la calificación de la posición de garante otorgada por el TS a la posición de los padres. Entiende que esta atribución constituía una restricción muy intensa del derecho a la libertad ideológica y religiosa orientada a preservar la vida del menor era desproporcionada por innecesaria puesto que de ella no obtenía el menor la protección que la sentencia afirmaba: la función real que el deber de garante jugaba finalmente en la preservación de la vida del menor era inferior a la afirmada pues las autoridades podían haber actuado al margen de tal posición (FJ 14) y por ello concluye que «en el presente caso, la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias» (FJ 15).

las condiciones para interponer la citada demanda o recurso: en estos casos, el TC pondera la grave limitación al derecho a la tutela efectiva que suponen estas resoluciones, por una parte, y su finalidad al servicio de la calidad de esa misma tutela, por otra, considerando desproporcionada la solución de inadmisión adoptada por el tribunal<sup>301</sup>. También son exponente de este ámbito de control constitucional del principio de proporcionalidad en el proceso aquellos casos en que el TC ha estimado la inconstitucionalidad de resoluciones judiciales que resolvieron sobre la inembargabilidad de los bienes del demandado interpretando el alcance de la inmunidad de ejecución que le asistía por entender que dicha interpretación del alcance de la inembargabilidad era desproporcionada respecto al derecho a la tutela del demandante<sup>302</sup>.

El TC también ha controlado desde el parámetro de la proporcionalidad resoluciones del tribunal ordinario adoptando determinadas diligencias de investigación (autorización de la intervención de comunicaciones o de entrada y registro)<sup>303</sup> o de ejecución (autorización de medidas restrictivas de derechos

---

<sup>301</sup> El TEDH ha aplicado el principio de proporcionalidad en el ámbito del acceso a la jurisdicción y al recurso, entre otras, en SSTEDH de 19 de febrero de 1998 (*caso Edificaciones March Gallego S.A., contra España*); de 30 de octubre de 1998, *caso F. E. contra Francia*) § 44 y de 10 de julio de 1998 (*casos Tinnelly & Sons Ltd. y otros/Mc. Elduff y otros contra Gran Bretaña*) §§ 77 y sigs.

<sup>302</sup> La STC 107/1992, de 1 de julio, otorga el amparo ante la resolución judicial que declaraba la inmunidad absoluta de ejecución de un Estado impidiendo la ejecución forzosa. El TC considera admisible que «que un Tribunal adopte una decisión de inejecución de una sentencia «en resolución motivada y con fundamento en una causa obstativa de la ejecución prevista por el ordenamiento» (FJ 2); pero «La denegación de la ejecución no puede [...] ser arbitraria ni irrazonable, ni fundarse en una causa inexistente, ni en una interpretación restrictiva del derecho fundamental» (FJ 2).

<sup>303</sup> En la STC 37/1989, de 15 de febrero (recurso de amparo; Sala primera; ponente: Francisco Rubio Llorente), el TC, estima el amparo (por falta de motivación), frente a la providencia que ordena una diligencia de investigación en la fase de instrucción penal consistente en un examen ginecológico, restrictiva por tanto del derecho a la intimidad del ejecutado. El TC considera exigible «que la resolución judicial se haya dictado luego de ponderar razonadamente, de una parte, la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporta y, de la otra, la imprescindibilidad de tal intromisión para asegurar la defensa del interés público que se pretende defender mediante el ejercicio del *ius puniendi*» (FJ. 8). En un caso parecido, la STC 207/1996, de 16 de diciembre (recurso de amparo; Sala Primera; ponente: Vicente Gimeno Sendra) otorga el amparo ante el auto que ordena la práctica de una intervención corporal (extracción de muestras de pelo para realizar un análisis toxicológico) con el apercibimiento de que la negativa podría suponer la comisión de un delito de desobediencia a la autoridad judicial. El TC considera que «el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal son, desde luego, causa legítima que puede justificar

de los reclusos en los establecimientos penitenciarios)<sup>304</sup> pues, si bien estaban previstas legalmente y atribuidas al tribunal con amplitud interpretativa, sin embargo, el TC consideró que afectaron desproporcionadamente los derechos fundamentales de los afectados. Las funciones de control de los medios de investigación o de ejecución que se atribuyen al tribunal penal en la fase de instrucción o de ejecución tienen como finalidad principal, precisamente, garantizar que el proceso, en la prosecución legítima de la efectividad de la tutela implícita en la instrucción o la ejecución, no afecte indebidamente los derechos fundamentales (la inviolabilidad del domicilio o la vida privada del recluso, por ejemplo): del sujeto sometido a dicho proceso (el imputado que está siendo investigado o del condenado durante la ejecución de la sentencia de condena). Es decir, se trata de potestades atribuidas al tribunal para aplicar y dar vigencia a los derechos fundamentales ponderándolos a través del principio de proporcionalidad y, por tanto, bajo control del TC.

En un ámbito similar (aplicación por el tribunal del principio de proporcionalidad mediante la aplicación de normas procesales que le permiten un amplio margen interpretativo conforme al principio de proporcionalidad) se sitúan las potestades del tribunal para seleccionar los medios apropiados para la entrega posesoria de los inmuebles en el proceso de ejecución forzosa (art. 703.1 LEC).

---

la realización de una intervención corporal» (FJ 4) pero no entiende que exista cobertura legal para la medida ni que sea proporcionada pues «la finalidad perseguida por la intervención corporal acordada por la autoridad judicial [...] no resulta objetivamente imprescindible para acreditar la existencia de los hechos delictivos investigados, ni la comisión de los mismos por el imputado» (FJ 6 B) y al propio tiempo «incurren en una notoria desproporción entre el alcance que otorgan a la medida de intervención corporal y los resultados que se pretenden obtener con su adopción» (FJ 6 C).

<sup>304</sup> La STC 120/1990, de 27 de junio (Pleno; ponentes: Fernando García-Mon y González Regueral; Eugenio Díaz Eimil y Vicente Gimeno Sendra), conoce el recurso de amparo frente a una resolución judicial (auto de la AP que, resolviendo un recurso frente a la providencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria, ordena la alimentación forzada de un recluso) dictada al abrigo de las potestades genéricas atribuidas por Ley General Penitenciaria y restrictiva de un derecho fundamental (la integridad física y la libertad del recluso en un establecimiento penitenciario). El TC considera correcta la ponderación que desde el punto de vista de la proporcionalidad realiza la Audiencia Provincial, y que «La asistencia médica obligatoria autorizada por la resolución judicial objeto del recurso de amparo [...] vienen justificadas en la necesidad de preservar el bien de la vida humana, constitucionalmente protegido, y que se realiza mediante un ponderado juicio de proporcionalidad, en cuanto entraña el mínimo sacrificio del derecho que exige la situación en que se hallan aquéllos respecto de los cuales se autoriza» (FJ 12).

### 3.3.5. El principio de contradicción

El principio de contradicción rige con plenitud en el proceso de ejecución<sup>305</sup>. Se afirma a veces lo contrario al sostener el denominado «principio de contradicción atenuado»<sup>306</sup> con el que se quiere expresar que este principio desempeña un papel secundario (e incluso prescindible) para identificar la esencia de la función jurisdiccional de ejecución y del proceso de ejecución mismo<sup>307</sup>. El argumento

---

<sup>305</sup> CARNELUTTI afirma que «para garantizar la imparcialidad de las providencias, en las cuales se desarrolla la potestad ejecutiva, el juez tiene necesidad de las partes. El juego de las dos fuerzas jurisdicción y acción, explica la dinámica del proceso ejecutivo así como la del proceso de cognición» matizando inmediatamente que «en el proceso ejecutivo las partes no están en situación de igualdad» (Carnelutti, Francesco, *Derecho procesal civil y penal*, 1997, (1958), cit., pág. 189). Sin embargo, esta matización queda, a su vez, convenientemente explicada como un peculiar juego del principio antes que su mera desaparición: «el problema de la acción en el proceso de cognición está dominado por el principio de igualdad de las partes. Este principio se funda sobre el hecho de que ellas se presentan en el mismo plano; son, una y otra, *indicandae*; no se sabe, ni se sabrá hasta la decisión, de parte de quien está la razón y de parte de quien la sin razón. Tal situación se encuentra profundamente modificada en el proceso ejecutivo. Si el proceso ejecutivo estuviese siempre precedido del proceso de cognición, deberíamos decir que, en lugar de *indicandae*, las dos partes son *indicatae*; de ellas, en efecto, se sabe cual tiene razón y cual no la tiene; en lugar de igualdad se presenta aquí una profunda desigualdad entre las partes. Veremos, sin embargo, que no siempre el proceso ejecutivo está siempre precedido del proceso de cognición; sin embargo, también en tal caso la desigualdad se verifica; el título ejecutivo, del cual debe estar provisto quien promueve la ejecución, coloca a quien lo posee en una indudable posición de superioridad respecto del otro. Pero tal situación, si explica que la iniciativa del proceso corresponde únicamente al acreedor, no permite considerar, en cambio, que, por lo que se refiere a la colaboración de la parte, la acción no corresponda también al deudor» (*ibidem*, págs. 190 y 191).

<sup>306</sup> SOLCHAGA LOITEGUI atribuye a SCHONKE (*Derecho Procesal Civil*, traducción española de Prieto Castro, Barcelona, 1950) el origen del «principio de contradicción atenuada» (Solchaga Loitegui, Jesús, *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles*, Aranzadi, Pamplona, 1986, pág. 63).

<sup>307</sup> ORTELLS afirma la «vigencia limitada del principio de contradicción» porque «a diferencia del proceso declarativo, el proceso de ejecución no está destinado a establecer si una pretensión procesal es o no conforme a Derecho, sino a realizar o llevar a la práctica la prestación que, según el título ejecutivo, es debida. Consiguientemente, el proceso de ejecución no requiere, por la función que le asigna el ordenamiento, estar integrado por un debate contradictorio entre las partes, ni que el ejecutado sea llamado a participar en el mismo» (Ortells Ramos, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, pág. 724). Y, en la misma línea de marginación de la contradicción como accidente y no como garantía esencial del proceso de ejecución señala (refiriéndose al éxito de la oposición) que «si esta impugnación del ejecutado tiene éxito el ejecutante también pierde su derecho al completo desarrollo de la ejecución, *aunque por razones que ya no tienen que ver con la naturaleza de la misma*» (Ortells, *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 730, la cursiva es nuestra); SALINAS MOLINA afirma que: «no puede por su propia naturaleza y finalidad, exigirse en la ejecución la vigencia en toda su plenitud del denominado “principio de contradicción” o “audiencia bilateral” (sin perjuicio de las actividades no estrictamente ejecutivas y de los incidentes de naturaleza declarativa que puedan surgir como conexos a la ejecución), pues se parte, como estamos viendo de un título ejecutivo que debe ser respetado y hecho efectivo en sus propios términos y que ya no puede discutirse por hechos anteriores a su constitución, lo que explica las limitaciones existentes a la oposición a la ejecución y el que determinados actos se

fundamental para sostener la anterior afirmación es la ausencia de incertidumbre en el proceso de ejecución debido a las presunciones que se derivan del título ejecutivo, argumento que ya hemos rebatido en varias ocasiones afirmando, en cambio, la conflictividad inherente al proceso de ejecución. Existiendo, al menos potencialmente, dicha incertidumbre (conflictividad) y considerando la ejecución un proceso con todas las garantías, ésta no debe resolverse mediante una cognición solipsista del tribunal; en cambio, la técnica del contradictorio o audiencia bilateral es una exigencia inexcusable si se quiere dotar de «todas las garantías» a la realización del derecho que tiene lugar mediante el proceso de ejecución<sup>308</sup>.

---

realicen sin audiencia del ejecutado como medio para obtener celeridad y eficacia en la actuación ejecutiva» (Salinas Molina, Fernando, «Lo contencioso en la ejecución: cuestiones incidentales y oposición» en *Puntos críticos en ejecución de sentencias*, CGPJ, Madrid, 1999, págs. 99 a 154); en el mismo sentido SOLCHAGA LOTTEGUI, Jesús, «Derecho a la tutela judicial efectiva y ejecución singular civil», en AA. VV., *Ejecución de sentencias civiles*, CGPJ, Madrid, 1992, págs. 23 y 24.

<sup>308</sup> Según CARNELUTTI «sería un error creer que el contradictorio sea propio solamente del proceso de cognición [...] Uno de los pasos adelante de la ciencia del proceso ha sido el de afirmar la necesidad del contradictorio también en el proceso ejecutivo y, por tanto, salvo en lo que se refiere a su iniciación, la bilateralidad de la acción. El deudor es, como el acreedor, una parte en sentido material; pero no se le puede negar en absoluto la cualidad de parte en sentido procesal ni debe subvalorarse que el aporte que la obra suya pueda proporcionar al buen éxito del proceso». Vincula este autor el mencionado principio a la imparcialidad del tribunal: «el contradictorio no contempla sólo el interés de las partes: este interés proporciona el impulso al contradictorio, pero no constituye su fin. Realmente del contradictorio tiene necesidad más el juez que las partes. Hemos visto, al estudiar el proceso de cognición, que en él consiste la garantía más eficaz de la imparcialidad del juez. No hay razón alguna para considerar que la imparcialidad del juez cuente menos para la ejecución que para la cognición», y añade: «el mecanismo de la cognición tiene ciertamente como punto de partida que el deudor es un desobediente.[...]. El problema del proceso ejecutivo es, en una palabra, tomar las medidas adecuadas para la represión de la desobediencia. Es claro que para tal actuación el juez tiene necesidad de estar exactamente informado. Ciertamente, el acreedor lo informa con toda solicitud; pero no es un informador desinteresado. Por otra parte, se verá cuánto y por qué el proceso ejecutivo, y tanto más cuando opera a través de la expropiación, es un mecanismo peligroso. *Interest rei publicae* que el acreedor sea satisfecho, pero también que el deudor no sea arruinado. Para tal fin, tiene una importancia de primer orden el principio *audiatur et altera pars*» (Carnelutti, Francesco, *Derecho procesal civil y penal*, 1997, (1958), cit., pág. 210). MONTERO AROCA y FLORS MATÍES sostienen también que «la concepción de la ejecución como un propio y verdadero proceso presupone el desarrollo de una actividad jurisdiccional, y esa actividad se caracteriza por la presencia de dos partes parciales ante un juez imparcial. La dicha actividad ha de realizarse necesariamente en régimen de igualdad y de contradicción efectivas [...] no debe concluirse que la contradicción y la igualdad desaparecen de la actividad ejecutiva y ni siquiera que son menores [...] Si se llegara a decir que en el proceso de ejecución no rige la contradicción se estaría diciendo también que la actividad ejecutiva no era verdaderamente procesal. No hay proceso sin contradicción. La condición de ejecutado no implica posición desigual frente al ejecutante, ni excluye la posibilidad de defensa, controversia y debate, pues los principios que rigen la actuación de las partes en el proceso (dualidad de posiciones, contradicción e igualdad), afectan no sólo a la estructura, sino a la esencia misma del sistema y deben ser, consecuentemente, los mismos en todo tipo de procesos, sea de declaración, o sea, de ejecución, si



Nada obsta a la vigencia del contradictorio en el proceso de ejecución que sean las partes las que deban tomar la iniciativa frente a las decisiones del tribunal mediante actos de impugnación de lo decidido: oposición a la ejecución (por motivos de forma o fondo: arts. 556 y sigs. LEC) o interposición de recursos (arts. 551.5, 561.3, 562 y 563 LEC). Una vez el tribunal ha resuelto mediante una cognición *inaudita parte*, surge la contradicción de partes (o, si se prefiere, la audiencia bilateral) de modo reactivo o diferido<sup>309</sup>, bien por iniciativa del demandado frente al despacho de ejecución (con inversión del contradictorio), bien por iniciativa de cualquiera de las partes interponiendo recursos frente a los actos concretos de ejecución que les perjudiquen. La naturaleza reactiva de la contradicción es algo que afectará a la estructura del contradictorio, a su modo de inserción en el orden o procedimiento, pero no a su función al servicio del acierto de la decisión jurisdiccional<sup>310</sup>.

---

bien las concretas posibilidades de actuación de aquéllas deban acomodarse en cada caso a lo que constituya su objeto, por lo que en el ámbito que ahora se examina han de quedar circunscritas a lo que integra el objeto específico de la ejecución, según el título que le sirva de fundamento. [...] Tiene que resultar evidente que lo sostenido por la doctrina durante el último siglo se ha basado en un claro error. Si no puede existir el proceso sin contradicción, la misma no puede referirse sólo al de declaración, debiendo comprenderse también el proceso de declaración [sic. ¿de ejecución?], si bien esa contradicción deba determinarse en atención a otros principios del proceso como puede ser la cosa juzgada o la actividad declarativa sumaria» (Montero Aroca, Juan y Flors Maties, *Tratado del proceso de ejecución civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, tomo I, págs. 395 y 396).

<sup>309</sup> TARZIA habla en este sentido de un «contradictorio diferido o eventual» y, sostiene que la garantía del justo proceso no excluye que se dicten resoluciones *inaudita altera parte* cuando esté asegurado el contradictorio posterior con plenitud de efectos (Tarzia, Giuseppe, «Il giusto processo di esecuzione», *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 2, abril 2002, pág. 335); BARRIOS DE ÁNGELIS, lo califica de «contradictorio de subordinación» (pues, desde el punto de vista de la relación de poderes entre las partes y el tribunal, éste adopta decisiones sin contar con aquéllas) que, sin embargo, hace notar que también tiene su juego en el ámbito del proceso declarativo: por ejemplo, con la admisión de la demanda (Barrios de Ángelis, Dante, *Teoría del proceso*, 2002, cit., págs. 231 y sigs.).

<sup>310</sup> MONTERO AROCA y FLORS MATÍES, tratando de diferenciar lo esencial de lo accidental afirman que «el mismo [principio de contradicción] no debe implicar oír al ejecutado para despachar la ejecución, sino en permitir al ejecutado que comparezca luego en el proceso y que se oponga a la ejecución despachada, ya sea con fundamento en defectos procesales, ya por motivos de fondo que pueden estar basados en no subsistir, al tiempo de la ejecución, el derecho a la tutela que se pretende por el ejecutante. La concepción de la ejecución como un propio y verdadero proceso presupone el desarrollo de una actividad procesal por dos partes parciales ante un órgano jurisdiccional con titular imparcial, y que dicha actividad ha de realizarse necesariamente en régimen de igualdad y de contradicción efectivas. El despacho de ejecución no implica, por tanto, posición desigual del ejecutado frente al ejecutante, ni excluye la posibilidad de defensa, controversia y debate, si bien las concretas posibilidades de actuación de aquél deben someterse al régimen procedimental establecido y amoldarse a lo que constituya el objeto específico de la ejecución, según el título que le sirva de fundamento» (Montero Aroca y Flors Maties, *Tratado del proceso de ejecución civil*, 2004, cit., tomo I, pág. 605; cfr. también con lo dicho en pág. 396). Estos autores también destacan, en el mismo sentido, que

Analizamos a continuación, sucintamente, las posibilidades de contradicción reactiva o diferida en el proceso de ejecución.

a) Contradicción mediante oposición frente al despacho de ejecución (arts. 556 y siguientes LEC).

Frente al auto despachando de ejecución puede el demandado oponerse alegando la inexistencia de los presupuestos procesales para dicho despacho (art. 559 LEC) o bien la inexistencia o ineficacia de la acción ejecutiva presumida (causas ex arts. 556, 557, 558, 560 y 561 LEC). Ciertamente, el acto jurisdiccional con el que arranca el proceso de ejecución, el despacho de ejecución, supone el inicio de una actividad procesal que es ya satisfactiva para el demandante (en un sentido dinámico: inicio de un *iter* o secuencia de actos orientado a la satisfacción) y lo hace *inaudita parte debitoris*, a diferencia del proceso de declaración, en el que el auto de admisión de la demanda (tras la valoración —también *inaudita parte debitoris*— de la concurrencia o no de ciertos presupuestos procesales) supone únicamente el inicio de la actividad de cognición y del contradictorio, posponiendo la potencial (pero hipotética) satisfacción del demandante al momento final del proceso. La admisión de la demanda en el proceso de declaración determina el surgimiento de una actividad de contradicción previa a la actividad satisfactiva (sentencia)<sup>311</sup>, actividad que permite al tribunal resolver con la mejor información disponible (aunque la pasividad del demandado pueda favorecer o incluso anticipar la resolución del tribunal —supuestos de condena por incomparecencia—). La

---

tal estructura (reactiva) no es del todo ajena al proceso de declaración: «que la ejecución se despache sin oír al ejecutado no supone exclusión de los principios de contradicción e igualdad de partes, de la misma manera como en el proceso de declaración admite la demanda sin audiencia previa del demandado. No hay exclusión ni limitación del derecho de audiencia en el que se inicie el proceso sin oír al ejecutado» (*ibidem*, pág. 604).

<sup>311</sup> Para MONTERO AROCA y FLORS MATÍES «en la tradición jurídica española la demanda declarativa se admite o no se admite a trámite, para después emplazar (proceso escrito) o citar (proceso oral) al demandado, mientras que la demanda ejecutiva da lugar a despachar la ejecución o a denegar el despacho de la ejecución, y luego, simplemente se notifica al ejecutado, sin citarlo ni emplazarlo. La LEC/2000 sigue utilizando esta tradicional expresión para referirse al inicio de la ejecución forzosa, expresión que pone de manifiesto que si en el proceso de declaración se trata de determinar por su medio la acomodación de la pretensión al Derecho, en el proceso de ejecución se trata simplemente de llevar a efecto la prestación que se documenta en el título» (Montero Aroca, Juan, y Flors Maties, José, *Tratado del proceso de ejecución civil*, 2004, tomo I, cit., pág. 603).

oposición al despacho en el proceso de ejecución es, en cambio, la reacción a una satisfacción que el tribunal, analizados únicamente los presupuestos procesales (como en el proceso de declaración) y sumiso a la presunción legal que contiene el título (sobre el fondo del asunto), considera ya debida (también *inaudita parte debitoris*: despacho de ejecución) y, por ello, una vez delimitada en su alcance y extensión (orden general de ejecución), inicia su prestación, acordando las actividades procesales adecuadas (decreto de concreción de medidas ejecutivas dictado por el secretario tras la orden general de ejecución), correspondiendo al ejecutado la carga de hacer surgir el contradictorio mediante su oposición y revertir el curso de satisfacción ya iniciado.

Pero una vez formulada la oposición por motivos de fondo, el tribunal abandona su posición «sumisa» en relación con la presunción legal y adopta la posición de un árbitro entre partes respecto al fundamento material de la satisfacción: existencia —vigencia— y eficacia del derecho que el título permitía presumir (art. 560 LEC). Mediante la oposición por defectos procesales el tribunal analiza la concurrencia de presupuestos procesales (algunos ya analizados «inaudita parte» al despachar ejecución) con la metodología propia del contradictorio (art. 559.2 LEC). La resolución de la oposición por motivos de fondo, permite a la parte perjudicada interponer recurso de apelación, incrementándose así las posibilidades de cognición y contradicción a este respecto (art. 561.3 LEC). Contra la resolución estimatoria de la oposición por defectos procesales, aunque el art.559.2 LEC no se pronuncie expresamente, deberá admitirse apelación según la regla general (en cuanto auto definitivo: art. 456.1 LEC); contra la resolución desestimatoria cabrá reposición (en cuanto auto no definitivo: art. 451.2 LEC); existe contradictorio en ambos casos (arts. 461 y 453, respectivamente).

Puede analizarse si la exigencia de contradicción respecto a la vigencia y eficacia del derecho amparado por el título (oposición de fondo) tiene rango constitucional. Al demandado corresponde el derecho de tutela efectiva (carácter bifronte de la acción), hallándose cubierto, asimismo, por la prohibición de indefensión a que alude el art. 24.1 CE. No obstante, la posibilidad de un ulterior proceso declarativo en el que el demandado solicitase la anulación de

la ejecución despachada sobre la base de un título sin vigor o ineficaz, ha llevado al Tribunal Constitucional a otorgar al legislador un amplio margen para tal restricción (incluso, para la desaparición de la contradicción en este punto), sin considerar por ello vulnerado el derecho de defensa<sup>312</sup>.

Un elemento relevante para la eficacia de la contradicción es la suspensión de la actividad ejecutiva con ocasión de una impugnación. La oposición a la ejecución frente a títulos procesales o arbitrales no suspende el «curso de la ejecución» excepción hecha del auto de cuantía máxima (art. 556.2 LEC). Sin embargo, en nuestra opinión, debe distinguirse la suspensión del curso de la ejecución de la suspensión de actos concretos de ejecución. La oposición no puede suspender la ejecución misma, como tal secuencia de actos encaminada a dar satisfacción al demandante para evitar dilaciones indebidas y tácticas dilatorias (*ratio legis*). En cambio, no creemos que la *ratio* de la norma estudiada consienta que la ejecución se consume antes de que haya podido resolverse la litigiosidad que la oposición hizo surgir. De consentir la norma esta consecuencia resultaría contradictoria con las normas contenidas en los arts. 563.2 y 567 LEC, según las cuales el surgimiento de litigiosidad sobre actos ejecutivos concretos puede ser causa de suspensión de la parte de la actividad ejecutiva relativa a los mismos (aquella

---

<sup>312</sup> Según la Exposición de Motivos de la LEC son razones de oportunidad y justicia las que justifican la decisión legislativa de limitar a una lista cerrada las posibles causas de oposición a la ejecución; según ella la LEC «permite la oposición a la ejecución de sentencias [...] de unas pocas y elementales causas, que no pueden dejar de tomarse en consideración, como si de la ejecución de una sentencia firme pudiera consistir en operaciones automáticas y resultase racional prescindir de todo cuanto haya podido ocurrir entre el momento en que se dictó la sentencia y adquirió firmeza y el momento en que se inste la ejecución. [...] Sin merma de la efectividad de estos títulos, deseable por muchos motivos, esta Ley tiene en cuenta la realidad y la justicia y permite la oposición a la ejecución de sentencias[...] no es [...] en el caso de la que se funde en títulos ejecutivos extrajudiciales, una suerte de compensación a una pretendida debilidad del título, sino una exigencia de justicia, lo mismo que la oposición a la ejecución de sentencias o resoluciones judiciales o arbitrales» (Exposición de Motivos de la LEC de 2000, XVII, párrafos 6 y 9). Para ORTELLS, esta limitación es una exigencia del Derecho a la tutela pues, aun cuando reconoce que el Tribunal Constitucional no ha sido claro en este punto, «si el título ejecutivo tiene como base una previa declaración jurisdiccional, la posibilidad de defensa no debe alcanzar a lo ya resuelto o que se hubiera podido proponer para su resolución, porque —como se apuntó antes— sería contrario al derecho a la tutela judicial del vencedor en el previo proceso declarativo, alterar, fuera de los supuestos legales, los pronunciamientos de la sentencia que lo concluyó. Ahora bien, en cuanto se trate de cuestiones no resueltas, ni precluidas, y, en todo caso, si se trata de títulos que no tengan como base una declaración jurisdiccional, la defensa ha de ser posible. Cuestión diferente —y en la que la jurisprudencia del TC no se halla suficientemente definida— es la específica ordenación de la amplitud, forma y efectos de esta defensa» (Ortells Ramos, *Manuel, Derecho Procesal Civil*, págs. 721 y 722).

expresamente impugnada), evitando que se dañe innecesariamente la esfera jurídica del demandado afectada por dicha actividad concreta. La incoherencia se aprecia más claramente si observamos que la impugnación del art. 563.2 LEC se funda en la alegación de exceder la ejecución de lo previsto en un título ejecutivo, cuya regularidad, sin embargo, no discute (por lo que presupone una acción existente, válida y eficaz) y la prevista al amparo del art. 567 LEC de la alegación de apartarse la ejecución de las normas que regulan actos ejecutivos concretos (con el mismo presupuesto de no negar una acción en vigor), en cambio, la impugnación que se canaliza como oposición (y, por tanto, aparentemente sin posibilidad alguna de suspensión) se funda en la falta de una acción ejecutiva vigente o eficaz. La *ratio legis* de la norma de suspensión prevista en los artículos 563 y 567 LEC (evitar daños irreparables en la esfera jurídica del demandado cuando algún aspecto concreto de la actividad ejecutiva, pero no ésta en su conjunto, resulte controvertido) sería incoherente con la no suspensión de la ejecución de sentencias o laudos por razones más graves que las anteriores.

En nuestra opinión, lo que ha ocurrido es que el legislador, confiando en una rápida sustanciación de la oposición a la ejecución<sup>313</sup>, ha dado por supuesta, sin más prevenciones, que su finalización será siempre anterior a la consumación de la ejecución (con el remate de los bienes o el lanzamiento del inmueble, por ejemplo), es decir, anterior al momento en que la reversión a la situación anterior se puede haber vuelto ya muy difícil o imposible. La prohibición de suspensión que contiene el art. 556.2 LEC, en resumen, sólo ha pretendido que la actividad de ejecución (embargos, intimación de lanzamiento, transcurso de plazos, etc.) se desarrolle sin interrupciones, pero no que llegue a consumarse antes de haberse resuelto la oposición. En este sentido, llegado el momento de la consumación de la ejecución

---

<sup>313</sup> Como se comprueba en los cortos plazos que ha previsto para ella: 10 días para oponerse tras la notificación del despacho, 5 días para el escrito de contradicción del demandante frente a la oposición por motivos de forma (art. 559 LEC) seguidos (o sustituidos) por otros cinco días adicionales (computados tras la resolución de la oposición por motivos de forma), para contradecir la oposición por motivos de fondo (art. 560 LEC), señalamiento de vista en 10 días de haberse solicitado y siendo procedente (sólo en caso de oposición por motivos de fondo). Sin embargo, la suma de todos estos plazos, unida a posibles retrasos en la tramitación pueden permitir que se consuma la ejecución. Nótese, además, que alguno de los trámites de la oposición por defectos de forma (la subsanación de defectos procesales en el plazo de diez días) deja en manos del acreedor la duración de la oposición: sería contradictorio que durante el plazo que se le otorga para subsanar el defecto procesal advertido la ejecución pudiera consumarse.

sin haberse resuelto la oposición cabría, en nuestra opinión, interpretando que hay una laguna en la norma reguladora de la oposición, aplicar analógicamente las normas que rigen la suspensión de la ejecución para el caso de oposición frente a títulos no judiciales o arbitrales ex art. 557.2 LEC.

b) Contradicción articulada mediante recursos frente a actos concretos de ejecución (arts. 551.5, 562 y 563 LEC).

Mediante recursos se articula aquella impugnación que, sin discutir la fundamentación de fondo de la ejecución ni la regularidad formal de la relación procesal (conurrencia de presupuestos procesales), discute, sin embargo, la regularidad de las resoluciones procesales que delimitan o precisan el alcance del derecho que corresponde al demandante (previa interpretación del título ejecutivo y de la pretensión formulada), establecen las modalidades de ejecución para dar satisfacción a dicho derecho o determinan la repercusión de tales medios sobre la esfera jurídica del demandado. Invocan para ello la vulneración de normas procesales que establecen y regulan la actividad ejecutiva y su alcance (carácter reglado de la ejecución) o de normas y principios de derecho material (reguladores de la esfera jurídica del deudor y de terceros) atendiendo, en este segundo caso, al principio de proporcionalidad al que ya hemos hecho mención.

La contradicción articulada a través de recursos tiene, en línea con lo expuesto para la oposición, una estructura reactiva (contradicción diferida): en un primer momento, el tribunal resuelve, por sí mismo y unilateralmente, el conflicto cognoscitivo que se le presenta (principio de oficialidad en virtud del carácter reglado de la ejecución), sólo después, en un segundo momento, el contradictorio puede manifestarse por iniciativa de parte, interponiéndose recurso frente a una resolución ya adoptada. Interpuesto el recurso, el autor de la resolución debe resolver nuevamente, re-poniendo, su decisión anterior o (en el caso del Juez) revisando una decisión que adoptó el Secretario, pero ahora lo hará *audiatur et altera pars* (art. 453 LEC para la reposición y 454 bis LEC para la revisión). Es decir, si bien la LEC no prevé la audiencia bilateral con carácter previo a cada resolución jurisdiccional de ejecución, esta surge con ocasión del recurso.

El sistema de recursos frente a los actos que desarrollan la ejecución se gradúa en función del tipo de infracción cometida y de las características (autor y forma) del acto jurídico que la contiene:

i. Recursos frente a resoluciones procesales que autorizan una tutela no amparada por el título ejecutivo (art. 563 LEC)<sup>314</sup>.

Tratándose de la ejecución de títulos judiciales esta causa de impugnación está prevista en el art. 563 LEC que prevé un recurso de reposición seguido de otro de apelación frente a los actos del juez (párrafo primero del art. 563 1 LEC)<sup>315</sup> o un recurso directo de revisión (ante el Juez) frente a los actos del secretario judicial (párrafo segundo del art. 563.1 LEC). En el caso de títulos no judiciales ni arbitrales no se prevé con carácter general una causa de impugnación similar pero sí un caso específico de la misma: la pluspetición o exceso de computación a metálico de deudas en especie (art. 557.1.3.<sup>a</sup> LEC) que, sin embargo, se deriva para su impugnación al incidente de oposición a la ejecución (con un régimen de suspensión peculiar contenido en el art. 558 LEC).

Desde el punto de vista del demandante son impugnables por esta vía aquellas resoluciones procesales de ejecución (del juez —resoluciones judiciales—o del secretario judicial —resoluciones procesales—) que ordenen la ejecución con un alcance cualitativamente distinto del debido según el título o proporcionen una tutela cuantitativamente insuficiente. Desde el punto de vista del demandado se trata de supuestos en los que se ordena la ejecución con un alcance cualitativamente

---

<sup>314</sup> Como señala MARTÍN PASTOR, «De un estudio conjunto de los artículos 562 y 563 LEC se puede deducir que el legislado, con dichos preceptos, ha querido articular una impugnación de los concretos actos del proceso de ejecución, y ha previsto que dicha impugnación se pueda fundar bien en la infracción de normas procesales que regulan la ejecución —*lex generalis* de toda ejecución forzosa— bien en la infracción del título ejecutivo —*lex specialis* de cada concreta ejecución forzosa—» (Martín Pastor, José, *La oposición a la ejecución y la impugnación de actos ejecutivos concretos*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 885).

<sup>315</sup> Para FERNÁNDEZ BALLESTEROS es admisible que contra el auto que resuelve el recurso de apelación se interponga recurso por infracción procesal o recurso de casación (Fernández Ballesteros López, Miguel Ángel, «Comentario a los artículos 556, 559, 562, 563 y 564», en AA. VV. (Fernández Ballesteros, M.A., Rifá Soler, J. M., Vals Gombau, J. M., coords.), *Comentarios de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, I, Iurgium, Barcelona, 2001, pág. 2742).

indebido o cuantitativamente excesivo según lo previsto en el título. Se trata, por tanto, de supuestos de exceso o defecto objetivo o subjetivo en la interpretación de la acción o derecho del acreedor (acción, por otra parte, existente y eficaz, desde el punto de vista material, y correctamente ejercitada desde un punto de vista procesal) o de la responsabilidad objetiva del deudor que debe satisfacerla; p. ej.: el despacho de ejecución ordenando abandonar la vivienda de cuyo desalojo se trata dejándola «libre, vacua y expedita» es decir, «desembarazada» de todo bien mueble incluido en la misma, cuando ni el título impone esta obligación de desalojo mobiliario ni tal desalojo fue objeto de debate y contradicción en el proceso precedente; la medida de lanzamiento extensiva a una instalación anexa que no forma parte del inmueble cuando la sentencia no autoriza a obtener su posesión, etc.

La orden general de ejecución dictada por el juez (contenida en el mismo auto en que despacha la ejecución) y el decreto dictado inmediatamente por el secretario acordando las medidas oportunas para darle cumplimiento («decreto de concreción de medidas ejecutivas») serán las resoluciones que típicamente cometan la desviación (respecto del título ejecutivo) que da lugar a estos recursos. La orden general de ejecución tiene por función específica delimitar el alcance de la acción y, consiguientemente, establecer el marco general (subjetivo y objetivo) de la responsabilidad correspondiente: precisamente el ámbito que es también objeto de recurso según el art. 563 cuando se aparta de lo previsto en el título. No obsta a la anterior conclusión que dicha orden general de ejecución esté contenida en el auto despachando ejecución y que el art. 551.4 LEC afirme que dicho auto no es impugnabile mediante recursos (sino, en cambio, por medio de oposición a la ejecución)<sup>316</sup>. Hay que entender que la exclusión de la vía de recurso frente al auto que despacha la ejecución se refiere exclusivamente a una parte del contenido dicho auto: la que contiene determinaciones que son impugnables mediante el trámite de oposición, es decir, la concurrencia de presupuestos procesales o la vigencia o eficacia de la acción ejecutiva<sup>317</sup>); pero la exclusión de recurso no se extiende al

---

<sup>316</sup> Para ACHÓN BRUÑÉN (op. cit, pág. 204) sería deseable *de lege ferenda* que el auto fuera recurrible. En nuestra opinión ya lo es *de lege data*.

<sup>317</sup> Oposición que, en caso de ser desestimada, permitirá al demandado interponer recurso de apelación (art. 561.3 LEC, en relación con el auto resolutorio de la oposición por motivos de fondo), excepto en el supuesto de oposición a la ejecución hipotecaria (art. 695.4 LEC).



contenido de la orden general de ejecución cuya impugnación (contenida en el auto pero distinta del despacho) que no queda comprendida entre las causas de impugnación por medio de oposición y sí, en cambio, entre las causas que para el recurso de reposición contempla el art. 563 LEC. El auto «despachando ejecución» contiene el despacho de ejecución propiamente dicho, resolución que ordena iniciar la ejecución habiendo comprobado la concurrencia de presupuestos procesales y presuponiendo (con la sola comprobación de la regularidad formal del título) la existencia y eficacia de la acción ejecutiva (elementos todos ellos impugnables a través de la oposición de forma o fondo, respectivamente), pero también contiene la denominada orden general de ejecución, que (en el mismo auto) delimita el alcance de la ejecución despachada y es, por ello, susceptible del recurso que prevé el art. 563 LEC<sup>318</sup> (que precisamente establece como punto de partida tal circunstancia: «habiéndose despachado ejecución»)<sup>319</sup>. Lo que se impugna ex art. 563 LEC es la ejecución válidamente despachada pero fuera de los márgenes del título (la incorrección de la orden general de ejecución).

---

<sup>318</sup> Esta distinción en el seno del auto que despacha ejecución entre el pronunciamiento por el que se despacha ejecución y otros pronunciamientos accesorios al mismo, en SABATER MARTÍN, en AA. VV., (Suárez Robledano, dir.), *La ejecución provisional, la ejecución de títulos extrajudiciales y la ejecución de sentencias de la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003 (Cuadernos de Derecho Judicial XIV-2001), pág. 97.

<sup>319</sup> En este sentido, MARTÍN PASTOR, quien afirma que «contra el auto de despacho de la ejecución que provea en contradicción con el título ejecutivo se podrá interponer el recurso de reposición y, si éste se desestima, el recurso de apelación (art. 563.1 LEC), sin perjuicio de la posibilidad contemplada por el art. 563.2. Se puede llegar sin excesivos problemas a esta conclusión si no se interpreta literalmente el art. 551.2 LEC [hoy, 551.4 tras la ley 13/2009], y si se entiende que el auto de despacho de la ejecución no es susceptible de recurso alguno cuando la impugnación se pueda articular a través de la oposición a la ejecución. Cuando esto último no sea posible, el auto de despacho de la ejecución debería poder ser impugnado según las normas generales, es decir, mediante el recurso de reposición (art. 451 LEC) y, si este se desestima, por el recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 563.1 LEC» (Martín Pastor, José, *La oposición a la ejecución y la impugnación de actos ejecutivos concretos*, La Ley, Madrid, 2007, págs. 913 y 914); en el mismo sentido CACHÓN CADENAS para quien «el ejecutado puede recurrir, de acuerdo con el régimen de impugnaciones previsto en el art. 562 LEC o, según los casos, conforme a lo establecido en el art. 563 de dicha Ley, aquellos pronunciamientos incluidos en el auto de despacho de la ejecución que entrañen una infracción procesal que no tenga cobijo en ninguno de los motivos de oposición que establece el art. 559 LEC para la denuncia de defectos procesales» (Cachón Cadenas, Manuel, «Notas sobre algunas cuestiones prácticas relativas al embargo», en AA. VV., *III Jornadas sobre la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. La ejecución*, pág. 114).

También puede desbordarse el contenido del título ejecutivo por exceso o por defecto en el decreto de concreción ejecutiva que el secretario judicial dicta tras el auto despachando ejecución estableciendo las medidas concretas con que satisfacer al ejecutante (art. 551.3. LEC). El secretario desborda el contenido del título de modo indirecto al adoptar medidas ejecutivas que presupongan una extensión del derecho del acreedor (o de la responsabilidad del deudor) que aquél no ampara.

La vía de recurso establecida frente al decreto de concreción ejecutiva del secretario judicial cuando se aparta del título ejecutivo es la prevista en el art. 563.1 LEC prevé un recurso de reposición ante el propio Secretario seguido de revisión ante el Juez y ulterior recurso de apelación ante la Audiencia. El sistema descrito proviene de la reforma de la LEC debida a la ley 37/2011 (de medidas de agilización procesal) y se aparta de la regla general de recurso frente a los decretos de concreción de medidas ejecutivas que regula el art. 551.5 LEC. La norma del art. 563.1 LEC es, a nuestro parecer, norma especial respecto de la contenida en el art. 551.5 LEC. Esta última no especifica el tipo de vicio que comete el decreto que se impugna y prevé sólo recurso de revisión directo ante el Juez sin reposición ni posibilidad de apelación. La mayor complejidad del sistema regulado en el art. 563.1 LEC revela la mayor trascendencia que el legislador atribuye a los actos que se apartan del título ejecutivo (por su posible vulneración del derecho a la tutela efectiva) frente a los que únicamente lo hacen de lo previsto en las normas que los regulan (aunque estos vicios, como veremos, no siempre son de mero procedimiento y pueden tener también relevancia constitucional).

En nuestra opinión, también aquellos autos judiciales o decretos de concreción de medidas ejecutivas dictados después de las resoluciones iniciales a que alude el art. 551 LEC pueden recurrirse a través de los recursos de reposición-apelación y directo de revisión que contempla el art. 563 LEC, siempre que su contenido desborde el contenido del título ejecutivo sea de modo directo, estableciendo expresamente el ámbito objetivo o subjetivo de la ejecución o precisando el contenido objetivo de la misma (como hacía la orden general de ejecución) o de modo indirecto, al concretar los medios o actividades de ejecución procedentes (como hacía el inicial decreto de concreción ejecutiva del secretario judicial en

desarrollo y cumplimiento de la orden general de ejecución)<sup>320</sup>. Debemos recordar que tanto los sujetos como el objeto o los medios de ejecución pueden modificarse en el curso de la ejecución en razón de la diversidad de circunstancias concurrentes (presencia en el inmueble objeto de desalojo de terceros sin derecho a permanecer en el inmueble y extensión de la ejecución, previo incidente, a tales ocupantes; imposibilidad de proporcionar al demandante la prestación específica según el título y transformación del objeto de la ejecución en la prestación de un equivalente pecuniario; adopción de nuevos medios de ejecución por resultar inapropiados los inicialmente dispuestos...) modificación en la que cabe que se produzca, *ex novo*, un desbordamiento del alcance objetivo o subjetivo del título.

ii. Recursos frente a las resoluciones procesales que ordenan una actividad de ejecución contraria a las normas que regulan dicha actividad (arts. 551.5 y 562.1 —números 1.º y 2.º— LEC).

Cuando las resoluciones procesales vulneran normas que regulan la actividad de ejecución sin desbordar el contenido del título ejecutivo, la impugnación se realiza, tratándose de resoluciones judiciales, mediante los recursos de reposición o de apelación, siendo la regla general la reposición, salvo que la ley establezca expresamente el recurso de apelación<sup>321</sup> (números 1 y 2 del art. 562.1 LEC). En el caso de resoluciones procesales dictadas por el secretario judicial la impugnación se hará mediante el recurso de reposición o el recurso directo de revisión, siendo regla general la reposición<sup>322</sup> salvo que la ley establezca, expresamente, que procede

---

<sup>320</sup> MARTÍN PASTOR afirma, en este sentido, que «La conformidad con la naturaleza del título puede quebrarse cuando el órgano jurisdiccional ordene actos ejecutivos no previstos por la ley para la clase de prestación que impone el título —por ejemplo, que, en la ejecución dineraria, se impongan multas coercitivas al ejecutado hasta el completo pago de la deuda—. Dicho de otro modo, dicha conformidad impone que si se trata de un título limitado a la ejecución dineraria —por ejemplo, aunque no sólo, los títulos no judiciales ni arbitrales (art. 520 LEC)— no se pueden decretar más que actos correspondientes a esa ejecución» (MARTÍN PASTOR, José, *La oposición a la ejecución y la impugnación de actos ejecutivos concretos*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 888).

<sup>321</sup> Puede entenderse que la ley establece expresamente recurso de apelación para todos los autos definitivos a través de la regla general del art. 455 LEC. No obstante, puede dudarse que los autos que ponen fin al proceso de ejecución puedan ser calificados como «actos concretos del proceso de ejecución».

<sup>322</sup> Son susceptibles de los recursos de reposición. Por ejemplo, los decretos que otorgan o deniegan indebidamente el plazo para el lanzamiento de vivienda o su prórroga (art. 704 LEC); los

recurso directo de revisión<sup>323</sup> (arts. 562.1.1.º y 451.1 LEC); Frente al recurso de reposición ya no cabe recurso alguno (arts. 454 y 454 bis LEC). Hay que destacar que el art. 551.5 LEC, establece expresamente el recurso directo de revisión frente a los decretos de concreción de medidas ejecutivas, es decir, frente a las resoluciones procesales fundamentales para la ejecución.

Aunque este tipo de recursos se amparan en la vulneración de «normas que regulen los actos concretos del proceso de ejecución», hay que matizar que en el proceso de ejecución las normas procesales (aun las calificadas como normas de carácter «meramente» procedimental, reguladoras de formas y trámites) amparan con frecuencia derechos materiales del ejecutado, de tal manera que quien invoca la vulneración de dichas normas de procedimiento lo hace en defensa de su derecho material que puede tener incluso rango o relevancia constitucional. Por ejemplo, algunas normas «de procedimiento» reguladoras del lanzamiento (como la que establece un plazo de garantía —el tradicional plazo de humanidad— previo a la diligencia de lanzamiento) tratan de preservar derechos fundamentales del ejecutado que tienen soporte en el inmueble (derechos a la vivienda, a la vida familiar, a la intimidad, a la salud, etc.); todos estos derechos pueden verse perjudicados si el lanzamiento tiene lugar sin respetar estas normas (el plazo de garantía proporciona,

---

que acuerdan el embargo de bienes con exceso o defecto en su cuantía (art. 584 LEC), con carácter indeterminado (art. 588 LEC), incumpliendo el orden de prelación que establece el art. 592 LEC, o que recaigan sobre bienes inembargables que no respeten los mínimos de inembargabilidad según los arts. 605 a 607 LEC (art. 609 LEC); los que imponen multas coercitivas sin ajustarse a los criterios del art. 589.3 LEC. Vid. CARRERAS MARAÑA, Juan Miguel, *ibídem*, págs. 3735 y 3736.

<sup>323</sup> Aunque el art. 562.1.1.º sólo menciona la reposición, el art. 451.1.º LEC, con mejor técnica, afirma que para impugnar resoluciones no definitivas del secretario (entre las que habrá que incluir los decretos de concreción ejecutiva) procederá el recurso de reposición «excepto en los casos en que la Ley prevea recurso directo de revisión»; lo que es lógico pues aunque el art. 551.1.1.º sólo menciona la reposición, cualquier otra norma puede establecer la revisión, aplicándose con preferencia por su carácter especial. De hecho, el art. 551.5 LEC, resultado de la reforma de la LEC por ley 13/2009, de 3 de noviembre) establece recurso de revisión frente a los decretos de concreción de medidas ejecutivas (al menos, los dictados tras el auto despachando ejecución), es decir, frente a las resoluciones procesales fundamentales para la concreción ejecutiva.

En cambio, puede dudarse que los decretos que ponen fin a la ejecución (frente a los que se interpone también recurso directo de revisión ex art. 454 bis) se puedan considerar «decretos de concreción de medidas ejecutivas», pues más que concretar la ejecución, señalando sus medios, ponen fin a la misma. Por ejemplo, el decreto que aprueba la cuenta final justificada que presente el administrador judicial (segundo párrafo del art. 633.3 LEC) o el decreto por el que se pone fin a la ejecución hipotecaria como consecuencia de la certificación de cargas libradas por el registrador resulta que la hipoteca no existe o ha sido cancelada (art. 688.3 LEC).

en teoría, el tiempo necesario para solicitar y obtener asistencia urgente de familiares, Administraciones, etc.)<sup>324</sup>. Como señalamos en el anterior apartado de este capítulo, las leyes procesales codifican en estos casos una ponderación de derechos fundamentales previamente efectuada por el legislador conforme al principio de proporcionalidad (lista legal de bienes inembargables, orden de prelación del embargo, fijación por la ley del plazo de garantía —humanidad—, etc.); dicha ponderación, si bien se consagra en normas procesales, incluso de carácter procedimental (normas sobre plazos, por ejemplo), ampara, sin embargo, valores o bienes sustanciales, objeto de protección por normas materiales de rango constitucional (reglas y principios). Lo mismo ocurre cuando las resoluciones del tribunal son las que deben acordar medios y actividades concretas de ejecución en un amplio marco legal de decisión (por ejemplo, cuando la ley permite al tribunal adoptar las medidas «que procedan»), la vulneración de la norma procesal directamente por la resolución procesal será, al propio tiempo, vulneración del principio de proporcionalidad y de los derechos fundamentales a los que sirve (las medidas no proporcionadas, lesivas de un derecho fundamental, serán medidas «no procedentes» en los términos de la norma procesal habilitante).

La relevancia de los actos emanados del secretario judicial para determinar el ámbito de responsabilidad, es decir, el grado de restricción de la esfera jurídica del demandado, queda confirmada por la regla específica de impugnación que contiene el art. 551.5 LEC, estableciendo la procedencia del recurso directo de revisión frente al decreto de concreción ejecutiva dictado por el secretario judicial tras la orden general de ejecución. No se considera suficiente, pues, la regla general que sería el recurso de reposición no recurrible. En estos decretos del Secretario se contienen (con distinto grado de precisión y detalle según los casos) las medidas de coerción y de sustitución procedentes para restringir la esfera jurídica del demandado, pero

---

<sup>324</sup> Este fenómeno se puede clarificar, de algún modo, con la distinción entre normas procedimentales y normas procesales: si las primeras regulan las condiciones meramente formales de la actividad procesal, las segundas regulan el contenido de dicha actividad y, por consiguiente, controlan la función sustancial de los actos: sea en garantía de derechos de los litigantes, sean éstos instrumentales (orientados a la defensa en juicio de sus pretensiones), sea, como ocurre en relación con las actividades ejecutivas que exponemos en el texto, en garantía de sus derechos materiales o sustantivos e incluso fundamentales. Vid. Achón Bruñén, María José, *La oposición en los procesos de ejecución de sentencias civiles*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, págs. 79 y 80.

indirectamente delimita el alcance de dicha esfera restringida (la responsabilidad): el legislador parece haber entendido que la citada restricción, en cuanto precisa el alcance o manifestación concreta de la responsabilidad del deudor, hace exigible que la decisión del secretario pueda ser revisada por el juez, titular de la potestad jurisdiccional (ex art. 117.1 CE). Es más, aun cuando el art. 551.5 LEC sólo se refiere expresamente a la impugnación del inicial decreto de concreción ejecutiva, debemos entender que incluye también a los decretos de concreción dictados por el secretario judicial con posterioridad, siempre que tengan el mismo contenido: la adopción de medidas ejecutivas concretas delimitadoras de la responsabilidad precisa que se va a exigir al demandado. En cambio no se ha optado en este caso por el sistema más riguroso de recursos previsto en el art. 563 para los decretos que se apartan de lo previsto en el título ejecutivo: el legislador no parece haber sido plenamente consciente de la relevancia, incluso constitucional, de este tipo de infracciones.

iii. Suspensión de los actos ejecutivos amparados en resoluciones recurridas según los dos apartados anteriores (arts. 563.2 y 567 LEC).

La suspensión de los actos de ejecución amparados por resoluciones recurridas al amparo de los artículos 551.5, 562.1 o 563.1 LEC sólo es posible a instancia de parte (arts. 563.2 y 567) y en este sentido hay que interpretar la negativa, aparentemente absoluta, que contiene el art. 551.5 LEC, «sin efecto suspensivo», que debe entenderse como negación de un efecto inmediato o *ex lege*.

La suspensión se debe fundamentar en la producción de daños de difícil reparación cuando el recurso se fundamenta en la vulneración de normas reguladoras de actos procesales (art. 567 LEC). En cambio, no se requiere acreditación de daños cuando el recurso se funda en exceder el ámbito de la ejecución el contenido del título ejecutivo (art. 563.2 LEC). Se vuelve a apreciar en este punto la relevancia que para el legislador tiene la contravención del título ejecutivo, autorizando la suspensión sin necesidad de acreditar perjuicios de las actuaciones procesales que incurren en este vicio (al tiempo que garantiza hasta tres recursos sucesivos si el vicio es cometido por una resolución del secretario: reposición-revisión-apelación —art. 563.1 LEC—), frente a la mera desviación de la norma que rige la actividad

ejecutiva, en cuyo caso exige acreditación de perjuicios para que el tribunal pueda acordar la suspensión (permitiendo, en este caso, un único recurso frente a la resolución del secretario: reposición —art. 562.1.1.º LEC— o revisión directa —551.5 LEC—). Por daños de difícil reparación se entienden «los que hagan imposible o difícil la reversibilidad de los resultados de la actividad ejecutiva en caso de ser desestimados los recursos ordinarios interpuestos» (MARTÍN PASTOR)<sup>325</sup>.

En todo caso, la suspensión del acto recurrido requiere que se preste caución suficiente para responder de los perjuicios que tal suspensión pudiera ocasionar (arts. 563.2 y 567 LEC). Pero tratándose de actos de ejecución que puedan producir daños de difícil reparación sobre derechos fundamentales susceptibles de recursos de amparo, la exigencia de caución prevista en los arts 563 y 567 LEC resulta contradictoria con la regulación que de la suspensión hacen los arts. 228.2 LEC y 56.2 LOTC. Según el art. 228.2 LEC procede la suspensión de la ejecución (sin necesidad de caución) durante la tramitación del incidente de nulidad de actuaciones por vulneración de derechos fundamentales cuando de continuar la ejecución «el incidente pudiera perder su finalidad»; según el art. 56.2 LOTC procede la suspensión de la ejecución (sin ser imperativa —aunque posible: art. 56.5 LOTC — la exigencia de caución)<sup>326</sup> durante la tramitación del recurso de amparo cuando de no hacerlo «pudiera hacer perder al amparo su finalidad». Es sumamente contradictorio que aquellos remedios subsidiarios previstos por el legislador para garantizar la protección de los derechos fundamentales (sea por inexistencia de otras vías de impugnación, caso del incidente de nulidad, sea por haberse agotado las vías de impugnación disponibles, supuesto del recurso de amparo) prevean la posibilidad de suspensión no condicionada a una caución del acto potencialmente lesivo y que, en cambio, los remedios directos previstos para su amparo (el recuso de reposición o de revisión) si la exijan (es decir, la condicionen a la caución), con lo que quedaría en cierto modo esterilizada la finalidad ulterior del amparo. Por ello, la negativa del

---

<sup>325</sup> Martín Pastor, José, *La oposición a la ejecución y la impugnación de actos ejecutivos concretos*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 928; «Por ejemplo, el embargo de un bien inembargable (art. 606 LEC), ya que su posterior realización forzosa puede conducir a su irrecuperabilidad, pues, en principio, el rematante en subasta pública tiene la condición de tercero de buena fe» (ídem).

<sup>326</sup> Aunque se admite que el TC pueda, fundadamente, exigir tal caución considerando el perjuicio que puedan sufrir derechos fundamentales de otros sujetos: art. 56.5 LOTC.

tribunal ordinario a suspender el acto ejecutivo potencialmente lesivo de derechos fundamentales susceptibles de amparo (por ejemplo, por la incapacidad del ejecutado de hacer frente a la caución) autorizaría a recurrir en amparo, de modo autónomo, tal resolución denegatoria de la suspensión. De esta cuestión nos ocuparemos más adelante.

La cuantía de la caución necesaria para interponer los recursos está orientada a cubrir los daños y perjuicios que puedan derivarse de la suspensión en caso de la posterior desestimación del recurso. En cuanto a los medios para hacer efectiva tala caución, el art. 563.2 II LEC se remite a «las formas permitidas por esta ley», es decir, las formas que especifica el art. 529.3.II LEC. Se ha sugerido *de lege ferenda* la necesidad de tener en cuenta al imponer la caución la situación económica del ejecutado<sup>327</sup>. Por nuestra parte, entendemos que la caución no será necesaria en caso de haberse obtenido beneficio de justicia gratuita: de ello nos ocuparemos más adelante en otro capítulo.

c) Contradicción articulada mediante el ejercicio de una petición impugnatoria frente a actos materiales de ejecución que no traigan causa de una resolución anterior o que desborden el marco de lo ordenado en aquélla (art. 562.1.3.º LEC).

Cuando no exista una resolución expresa que avale la actuación material llevada a cabo por el tribunal a través de sus funcionarios (habitualmente de los integrados en la Comisión judicial) o de las personas y entidades que intervienen a su instancia y se considere que tal actuación vulnera alguna norma aplicable a la ejecución (incluido el principio de proporcionalidad), la LEC ha previsto un mecanismo impugnatorio específico: la parte que se considera perjudicada puede alegar ante el

---

<sup>327</sup> ACHÓN BRUÑÉN considera, con carácter general y *de lege ferenda*, que «sería deseable que la exigencia de caución dependiera del caso concreto y de la ponderación de las circunstancias concurrentes, ya que la carencia de recursos financieros no debe colocar al ejecutado en una situación de auténtica indefensión, impidiendo la suspensión de una actividad ejecutiva que, teniendo su origen en una infracción de la Ley, le ocasione un daño de difícil o imposible reparación. Además, si con la vigente LEC es posible la ejecución provisional sin previa prestación de caución en aras de no perjudicar a quienes carezcan de suficientes recursos económicos, por idénticas razones igualitarias no resulta justo que tan solo puedan solicitar la suspensión de la ejecución aquellos ejecutados que dispongan de medios económicos para prestar caución, máxime cuando la infracción alegada les puede causar un perjuicio irreparable» (ibídem, pág. 125).



tribunal (por escrito) la infracción cometida por el acto material en cuestión y solicitar una medida que remedie tal infracción (resolución anulando, sustituyendo, completando o corrigiendo la medida adoptada y, en su caso, la nueva actuación que la enmiende o sustituya).

La falta de regulación legal obliga a interpretar cómo debe continuar el procedimiento impugnatorio una vez se ha formulado la solicitud. Por «interposición ante el tribunal» habrá que entender ante el órgano que se considere debió dictar la resolución expresa relativa a la actuación que se impugna. En cuanto a la tramitación hay que entender aplicable el principio general de contradicción y aplicar analógicamente la audiencia de la parte contraria que contempla el régimen del recurso de reposición.

En cuanto a la suspensión del acto material impugnado puede valer lo dicho respecto de la regla general de suspensión que contiene el art. 567 LEC<sup>328</sup>: la suspensión sólo procede en razón de perjuicios de difícil reparación y previa prestación de caución. Sería ilógico que se admitiese la suspensión de actuaciones amparadas por una resolución expresa pero contrarias al ordenamiento y que no se pudieran suspender actuaciones también contrarias al ordenamiento y que tan siquiera cuentan con resolución que las avale. Sin embargo, puesto que aquello que se impugna es una actuación material en curso de realización, el pronunciamiento del tribunal sobre la suspensión de tal actividad (tras valorar la posibilidad de reparar los perjuicios que cause la actuación material y, en su caso, la necesidad y cuantía de la caución) puede ser necesaria una suspensión provisionalísima (una interrupción) de la actividad material que se pretende impugnar en el marco de la diligencia procesal en la que surja; sobre todo cuando se trate de proteger derechos fundamentales susceptibles de amparo. Sin esta interrupción, cualquier acuerdo

---

<sup>328</sup> El art. 567 LEC se refiere expresamente a la suspensión derivada de la interposición de «recursos ordinarios»; consideramos que el medio de impugnación que regula el art. 562.1.3.º LEC debe asimilarse a éstos a efectos de suspensión. La razón es que este medio de impugnación tiene la misma función y naturaleza que los recursos ordinarios de los que sólo se diferencia por el tipo de actuación cuya ilicitud se impugna. La función del medio de impugnación es, como en los recursos ordinarios propiamente dichos, garantizar el derecho a la tutela efectiva permitiendo la audiencia ante el tribunal (que en el proceso de ejecución tiene lugar siempre de forma reactiva o impugnatoria), por lo que la suspensión para casos en que se prevén perjuicios de difícil reparación es imprescindible para la efectividad de la audiencia que el recurso garantiza.

posterior del tribunal sobre la suspensión solicitada sería inútil (pues la actuación estaría consumada) y la tutela efectiva del recurrente resultaría vulnerada al ser imposible de reparar la actuación material irregular. Tal interrupción podría tener lugar ante la mera solicitud o protesta verbal de alguna de las partes ante los funcionarios del juzgado a cargo de la actuación material, dando a conocer a éstos su intención de acudir (por escrito) al medio de impugnación previsto en el art. 562.1.3.º LEC; la falta de interposición del escrito impugnatorio (en un plazo que al efecto debería otorgar el tribunal tras la interrupción) supondría la reanudación de la diligencia interrumpida.

El resultado de la impugnación nos sitúa ante dos posibilidades: el tribunal (juez o secretario) puede estimar la pretensión impugnatoria y dictar una resolución en el sentido propugnado por el impugnante o no estimarla, por considerar debido el acto inicialmente realizado (o en curso de realización) que, por consiguiente, se considerará válido o se consumará (en caso de no haberse suspendido). En el primer caso el tribunal puede considerar que el acto realizado (o suspendido) era indebido y, por consiguiente, la resolución que dicte prohibirá su continuación (en caso de haberse suspendido) u ordenará la revocación de sus efectos (si fuera posible). En el segundo caso surgen, a su vez, dos posibilidades: o bien el tribunal considera que el acto impugnado, además de debido, ya estaba amparado por una resolución previa (la actuación fue válida) o bien considera que el acto era debido pero no estaba debidamente amparado por una resolución expresa (en cuyo caso la resolución expresa de la impugnación contendrá la resolución expresa que avale la realización de dicho acto declarando la conservación de lo actuado). En todo caso, la resolución que dicte el tribunal debe producirse siempre de forma expresa y ser debidamente notificada a las partes, siendo susceptible de impugnación como cualquier otra resolución, atendiendo a su origen (resolución dictada por del juez o por el secretario<sup>329</sup>) y al vicio que se considere cometido, aun cuando sea el mismo que inicialmente se alegó respecto del acto material (contravención del título ejecutivo;

---

<sup>329</sup> En este sentido, GÁRNICA MARTÍN, para quien de entenderse que el destinatario de la resolución es siempre el juez «la petición se constituiría en un fácil instrumento para acudir al juez siempre que se juzgue conveniente» produciéndose así la «demolición de todo el distema de distribución de atribuciones que se ha hecho por el legislador» (Gárnica Martín, Juan Francisco, «Principales novedades de la reforma procesal en la ejecución», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3, 2010, pag. 718).

infracción de derechos fundamentales del ejecutado o del principio de proporcionalidad; infracción de normas de mero procedimiento; alteración de la competencia o forma adecuada para dictar el acto de que se trate...).

d) Contradicción articulada mediante el ejercicio de vías impugnatorias de nulidad previstas en los arts. 225 y siguientes LEC frente a actuaciones ejecutiva que entrañen nulidad de actuaciones (arts. 562.2 LEC).

Los supuestos de nulidad previstos en el art. 225 LEC (actos dictados por tribunal sin jurisdicción o competencia objetiva o funcional; actos dictados bajo violencia o intimidación; actos dictados prescindiendo de normas esenciales del procedimiento —siempre que esta circunstancia haya causado indefensión—; actos sin intervención preceptiva de abogado; vistas sin intervención preceptiva del secretario judicial; resolución mediante resoluciones procesales del secretario cuestiones propias de resolución judicial...) en la medida que resulten aplicables al proceso de ejecución podrán ser apreciados por el tribunal de oficio o a instancia de parte (arts. 226 y 227.2 LEC) y, en todo caso, a través de los recursos ordinarios que hemos mencionado (art. 227.1 LEC).

En cambio, el incidente de nulidad de actuaciones (art. 228 LEC) sólo resultaría aplicable en el proceso de ejecución en caso de no haber sido posible denunciar el vicio de nulidad por algún otro medio ordinario, lo que, en principio, sólo es predicable de actos en perjuicio de terceros afectados de modo directo por la ejecución y que no dispongan de otra vía para defender su posición<sup>330</sup>.

e) Contradicción a través del recurso de amparo cuando la actividad de ejecución vulnere un derecho fundamental.

Para acudir al recurso de amparo es preciso haber agotado los recursos procedentes ante los órganos judiciales ordinarios (principio de subsidiariedad del recurso de amparo: art. 44 LOTC) lo que no significa que se deba interponer cualquier recurso

---

<sup>330</sup> Según DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ considera aplicables al proceso de ejecución (en virtud de la remisión que efectúa el art. 562.2 LEC) las normas sobre declaración de oficio de la nulidad pero no el incidente de nulidad de actuaciones regulado en el art. 228 LEC (Diez-Picazo Giménez, Ignacio, en AA. VV., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 972).

concebible sino sólo «aquellos que siendo procedentes según las normas procesales concretamente aplicables, permitan la reparación adecuada de la sedicente lesión del derecho fundamental en juego»<sup>331</sup>. El principio de subsidiariedad también exige que los recursos interpuestos ante los órganos de la jurisdicción ordinaria hayan tenido como fundamento la vulneración de los derechos fundamentales cuyo amparo se pretende. En relación con la actividad ejecutiva, por tanto, el principio de subsidiariedad exigirá la interposición, cuando menos, de los recursos de reposición, apelación o revisión que sean procedentes en los términos de los arts. 551.4, 561.1 y 563.1 LEC o de la impugnación frente a actos materiales ex 561.1.3.º LEC y la invocación en ellos de los derechos fundamentales vulnerados por la ejecución.

#### f) Contradicción articulada a través de incidentes declarativos específicos

En ciertos supuestos la contradicción no se plantea de forma reactiva, como venimos exponiendo, sino como consecuencia de incidentes declarativos expresamente previstos en la LEC: incidente desarrollado en el curso de un lanzamiento para la determinar la posición jurídica de ocupantes que no figuran en el título (arts. 661. 675.3 y 704.2 LEC); incidente para la determinación del valor de los daños y perjuicios cuya ejecución se reclama (arts. 714 a 716 LEC); incidente para la determinación del valor del equivalente pecuniario de una prestación no dineraria cuya ejecución específica ha devenido de imposible cumplimiento (art. 717 LEC); incidente para la determinación del valor de los frutos y rentas cuyo abono se reclama (arts. 718 y 719 LEC); incidente para la determinación del valor de las cuentas de una administración cuyo saldo se reclama (art. 720 LEC), etc.

Un aspecto extraordinariamente relevante vinculado con la contradicción en el proceso de ejecución (hasta el punto de presentarse con autonomía conceptual) es el relativo a la asistencia técnico-jurídica a las partes procesales mediante la intervención de profesionales del derecho. Esta asistencia permite a las partes que la defensa de su posición ante el tribunal (audiencia bilateral) no quede mermada por su desconocimiento de la técnica jurídica y procesal con detrimento de la igualdad de armas entre las partes y de la correcta información del tribunal (que

---

<sup>331</sup> STC 90/1998 de 21 de abril.

recibiría una información o versión limitada, por el desconocimiento, de hechos y fundamentos de derecho). Tal es la relevancia de esta cuestión que, además de ser un derecho de rango constitucional (art. 24.2 CE), en algunos casos (aquellos cuya complejidad o la relevancia de los intereses en juego hace más necesaria una adecuada técnica jurídica) se convierte en un presupuesto procesal o en una carga para la actuación de las partes (arts. 23 y 31 LEC); en estos mismos supuestos se garantiza asistencia jurídica gratuita a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar (art. 119 CE y Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita).

El art. 539 LEC exige a las partes en el proceso de ejecución actuar con representación procesal y defensa técnica, salvo que el título que se ejecuta, siendo jurisdiccional<sup>332</sup>, hubiera sido dictado en un proceso para el que no fuera preceptiva la intervención de dichos profesionales, a saber, juicios verbales y procesos monitorios (en los que no hubiera habido oposición), con la condición añadida, en ambos casos, de ser la cuantía del juicio inferior a 2 000 euros (arts. 23.2.1.º, 31.2.1.º y 539.1. LEC<sup>333</sup>). Lo anterior supone que la relevancia cualitativa (considerada a través del tipo de juicio procedente: verbal o monitorio) y cuantitativa (considerada a través del valor de la demanda: inferior a 2 000 euros) del objeto del proceso declarativo previo, condiciona no sólo la necesidad de asistencia de abogado y procurador en el proceso de declaración, sino también la necesidad de intervención de dichos profesionales en el proceso de ejecución para la ejecución de la condena y, con ello, el derecho a la asistencia jurídica gratuita de quienes carezcan de recursos.

---

<sup>332</sup> A estos efectos, la ejecución de los laudos no se asimila a la de títulos jurisdiccionales y será necesaria siempre la asistencia de abogado y procurador según el art. 539.1 LEC. Vid. MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *Tratado del proceso de ejecución civil*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 420 y 421.

<sup>333</sup> Según este último, «El ejecutante y el ejecutado deberán estar dirigidos por letrado y representados por procurador, salvo que se trate de la ejecución de resoluciones dictadas en procesos en que no sea preceptiva la intervención de dichos profesionales.

Para la ejecución derivada de procesos monitorios en que no haya habido oposición, se requerirá la intervención de abogado y procurador siempre que la cantidad por la que se despache ejecución sea superior a 2.000 euros».

## CAPÍTULO TERCERO

### La ejecución no jurisdiccional

---

1. Concepciones procesal y administrativa de la ejecución forzosa ( <a href="#">261</a> )	
2. La ejecución no jurisdiccional desde el punto de vista de los derechos humanos y los derechos fundamentales ( <a href="#">269</a> )	
2.1. Las normas internacionales sobre derechos humanos.....	<a href="#">269</a>
2.2. La Constitución Española de 1978. ....	<a href="#">276</a>
3. La ejecución no jurisdiccional desde un punto de vista dogmático ( <a href="#">279</a> )	
3.1. La naturaleza «jurisdiccional por conexión» de la ejecución forzosa. ....	<a href="#">279</a>
3.2. Relevancia del debate sobre la naturaleza jurídica del juicio ejecutivo. ....	<a href="#">282</a>
4. Tendencias legislativas favorables a una ejecución forzosa no jurisdiccional ( <a href="#">294</a> )	
4.1. Desjudicialización de la ejecución. ....	<a href="#">294</a>
4.1.1. Las funciones de la oficina judicial... ..	<a href="#">294</a>
4.1.2. Las funciones de los secretarios judiciales. ....	<a href="#">297</a>
4.1.3. Las funciones de la policía judicial y de los procuradores. ....	<a href="#">308</a>
4.2. La ejecución especial de las sentencias de desahucio: lanzamiento directo.. ....	<a href="#">317</a>

---

#### 1. Concepciones procesal y administrativa de la ejecución forzosa

Pese a no emplear el término «proceso de ejecución»<sup>334</sup>, la LEC de 2000 parece decantarse por la naturaleza procesal de la actividad judicial de ejecución; así lo demuestra al regular expresamente (a diferencia de lo que ocurría en la ley de 1881) la oposición a la ejecución de sentencias y demás títulos judiciales, al crear incidentes procesales de nuevo cuño (por ejemplo, para considerar la posición

---

<sup>334</sup> Tras denominar al libro II de la LEC con la rúbrica «de los procesos declarativos» y antes de titular la del libro IV «de los procesos especiales», el legislador cambia de criterio terminológico y rotula el Libro III de la LEC con la rúbrica «de la ejecución forzosa y de las medidas cautelares», prescindiendo, por tanto, de la expresión «proceso». Esta opción ha sido criticada por MONTERO AROCA, quien considera técnicamente preferible hablar de «proceso de ejecución» (Montero Aroca, Juan; Flors Maties, José, *Tratado del proceso de ejecución civil*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, Introducción). Estamos plenamente de acuerdo, pues el término «ejecución forzosa» alude únicamente a la actuación coactiva de lo previsto en un título ejecutivo pero no resalta que dicha actuación se realiza en el ámbito de la jurisdicción y, por consiguiente, con las garantías de un verdadero proceso. Sólo desvinculando la actividad ejecutiva del proceso en que se materializa puede hablarse sin más precisiones de «ejecución forzosa» en los mismos términos que se emplea la expresión «actividad de declaración». Por nuestra parte, empleamos la expresión «ejecución forzosa» por razones meramente expositivas (en cuanto pretendemos hablar de una actividad procesal sin adelantar su naturaleza que ha de ser, precisamente, objeto de estudio) o incluso dogmáticas (para aludir únicamente al resultado del proceso, abstrayendo el método por el que se alcanza tal resultado), pero en ningún caso, como hace el legislador, como forma de eludir u oscurecer, la verdadera naturaleza de la figura.

procesal de los terceros ocupantes de inmuebles objeto de desalojo) o al aunar la regulación del proceso de ejecución con la del tradicional juicio ejecutivo (hasta el punto de desaparecer esta distinción en la ley de 2000: lo ejecutivo es lo relativo a la ejecución forzosa y no sólo lo que antes era relativo al proceso denominado «juicio ejecutivo»). Esta opción del legislador<sup>335</sup> es coherente con la persistencia en ejecución forzosa de la misma razón de ser de todo proceso (el conflicto, entendido en sentido cognoscitivo o incertidumbre y en sentido volitivo o resistencia a la aplicación de la norma) tal como hemos pretendido demostrar en el capítulo anterior. En efecto, la presencia del conflicto jurídico permite integrar la ejecución en la jurisdicción entendida como función de aplicación del derecho dotada de peculiares garantías (producto de una decantación histórica) al servicio del acierto y eficacia en la realización del orden jurídico y de los intereses por éste amparados<sup>336</sup>.

---

<sup>335</sup> Pese ello, la apuesta de la LEC de 2001 por el proceso de ejecución y la presencia en el mismo de los principios de imparcialidad del tribunal, conflictividad de su objeto y contradicción de partes no es absoluta; como afirma FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, «la nueva LEC parece mucho más dispuesta a proteger los intereses de aquel [el acreedor] que a velar por los derechos de éste [el ejecutado]. En sus preceptos aparece con cierta claridad un *favor creditoris*, que parece extenderse —más allá de la realización de la condena por la que se ejecuta— al modo en que el acreedor pide que se realice la ejecución. Ejemplos: con frecuencia el ejecutado no puede recurrir frente a las resoluciones que le perjudican, y si puede recurrir no puede apelar; o se le limitan los derechos de alegación o los medios de prueba de que puede valerse; como reg la, sus “protestas” no paralizan la ejecución; y con frecuencia, para denunciar cualquier ilicitud de la ejecución debe prestar fianza “líquida” para responder de los perjuicios que, si es desestimada, su protesta podría haber producido. Por el contrario, al acreedor (incluso al de reconocida insolvencia porque está en quiebra o en suspensión de pagos) se le concede de forma automática la ejecución provisional, se le permite un amplísimo protagonismo en la ejecución y, salvo en muy especiales ocasiones, ni se le hace expresamente responsable de los daños que su actuación produzca, ni se le exigen fianzas que aseguren esa eventual responsabilidad» (Fernández-Ballesteros López, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa...*, 2001, cit., pág. 37, nota 32).

<sup>336</sup> DE LA OLIVA ha señalado a este respecto que «el proceso civil de ejecución no puede concebirse como mera prolongación del proceso de declaración. No se trata solo (y ya sería suficiente) de que el proceso de ejecución no siempre venga precedido de un proceso de declaración, o, lo que es igual, de que puedan iniciarse y culminar eficazmente procesos de ejecución sin un proceso declarativo anterior. Se trata, además, de que el proceso de ejecución requiere el ejercicio de un derecho procesal y de un derecho material, ordinariamente disponibles, de suerte que el titular de esos derechos puede ejercitarlos o no y, en caso afirmativo, el órgano jurisdiccional no puede dejar de examinar ciertos presupuestos procesales específicos (no será suficiente la concurrencia de presupuestos procesales en el eventual proceso declarativo previo) y habrá de darse oportunidad procesal de un debate sobre el derecho subjetivo material a la tutela jurisdiccional efectiva (la acción ejecutiva). Parece pues, difícilmente discutible lo que ha dado en denominarse autonomía del proceso de ejecución» (Andrés de la Oliva Santos, Ignacio Díez-Picazo Giménez, Jaime Vegas Torres, *Derecho Procesal civil. Ejecución Forzosa. Procesos especiales*, CERA, Madrid, 2000, págs. 19 y 20).

Sin embargo, la concepción de la ejecución como un verdadero proceso al servicio de la jurisdicción no es la única forma de concebirla o de construirla normativamente<sup>337</sup>; ni siquiera es la única válida desde la perspectiva de los derechos fundamentales (al menos desde la perspectiva del derecho a un proceso equitativo regulado en los arts. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el art. 14 en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)<sup>338</sup>. Existen sistemas jurídicos de nuestro entorno en los que la ejecución no tiene naturaleza jurisdiccional (ni es, por consiguiente, un verdadero proceso) o en los que tiene naturaleza mixta (en parte jurisdiccional pero con intervención de órganos

---

<sup>337</sup> Ya antes de la entrada en vigor de la LEC de 2000, SALINAS MOLINA sostenía que «hasta fechas relativamente recientes era impensable plantear con sustantividad propia la existencia de “lo contencioso en la ejecución”. Lo impedían los radicales términos de separación en los que se había venido concibiendo la distinción entre los procesos de declaración y los de ejecución, o, en la concepción clásica, entre la fase declarativa y la fase de ejecución, y, en la consecuente, interpretación y aplicación de los considerados como opuestos principios procesales que regían uno y otro proceso»; se llegaba de este modo, a afirmar, con *máximo vigor*, «que en la ejecución no regía el “principio de contradicción o audiencia bilateral” característico del proceso de declaración» (Fernando Salinas Molina, «Lo contencioso en la ejecución: cuestiones incidentales y oposición» en *Puntos críticos en ejecución de sentencias*, CGPJ, Madrid, 1999, págs. 99 a 154). Más matizadamente, SALINERO ROMÁN afirma que «el proceso de ejecución se ha considerado siempre como un verdadero proceso, [...] con dualidad de partes (ejecutante y ejecutado principalmente, aunque también pudiesen existir otras) pero sin contradicción, ya que la regla general era la no audiencia, ni la admisibilidad de la oposición del deudor. La nueva ley lo ha convertido en un verdadero proceso contradictorio en el que la regla general es la audiencia y la posibilidad de oposición del ejecutado» (Salinero Román, Francisco, «Comentario al art. 556» en AA. VV., *Comentarios a la nueva LEC*, Lex Nova, Valladolid, 2003, págs. 2747 a 2752). Para MONTERO AROCA Y FLORS MATÍES hay que remontarse a los últimos tiempos de vigencia de la LEC de 1881 cuando, «a pesar de la ausencia de regulación legal directa la realidad se fue imponiendo» por lo que «no cabía ya discutir que el ejecutado era una parte en un proceso y que corresponde a la misma esencia de éste la vigencia de los principios de contradicción e igualdad. Lo difícil era precisar, tratándose de títulos judiciales, qué podía alegar el ejecutado y cómo podía hacerlo [con referencia, a su vez, en nota 2, a Montero, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil* (con Ortells, G. Colomer y Montón), Barcelona, 1995, págs. 574 y sigs.]]» (Montero Aroca, Juan y Flors Maties, José, *Tratado del proceso de ejecución civil*, t. I, 2004, págs. 678 y 679).

<sup>338</sup> Según KODEK, «La aplicación plena del art. 6 [del CEDH] a los procesos de ejecución tendría consecuencias de gran trascendencia: [...] no se extendería sólo a la exigencia de un plazo razonable, sino a todas las garantías específicas amparadas por el art. 6, como la exigencia de una audiencia pública [...]. Esto colocaría a muchos de los sistemas de ejecución continentales en serias dificultades. Basta con señalar que en algunos países, al menos determinadas medidas de ejecución, en particular embargos, pueden tener lugar sin autorización del tribunal. Incluso en países en los que se requiere esta autorización la decisión se adopta en un procedimiento a instancia de parte sin oír al demandado» (Vid. Kodek, Georg E., «The impact of the European Convention on Human Rights and Fundamental Liberties on Enforcement Practices», en AA. VV. (Andenas, Mads; Hess, Burkhard y Obermaier, Paul, eds.), *Enforcement Agency Practice in Europe*, The British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2005, pág. 311).



administrativos o privados)<sup>339</sup>. Estos sistemas ejercen su influencia en nuestro ordenamiento debido a la cada vez mayor la permeabilidad de los sistemas jurídicos europeos; a ella ha contribuido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos

---

<sup>339</sup> Vid. AA. VV., *Enforcement Agency Practice in Europe*, The British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2005, cit., *passim*. Posiblemente es Suecia el país de nuestro entorno con un sistema de ejecución más claramente administrativizado (recientemente a este modelo se ha sumado Finlandia), al menos para los casos de ejecución dineraria y ejecución de desahucios. Según JACOBSON: «la separación de las cuestiones relativas a la ejecución del Derecho procesal, tanto en la legislación como en la doctrina, es el resultado de la conclusión de que se trata de dos campos distintos. Esta separación tiene raíces históricas en Suecia. El principio de la división entre poder judicial y poder de ejecución puede trazarse a través de la historia legal sueca [...] Desde 1965, tenemos una bien organizada autoridad gubernamental, la *Enforcement Authority*, que es la encargada de las ejecuciones» (Jacobson, Ulla, «Regional Report from Scandinavia», en AA. VV. (Jacob, Jack coord.), *Trends in the Enforcement of Non-money Judgements and Orders: The First International Colloquium on the Law of Civil Procedure*, Kluwer Law Intl, 1988, págs. 113 y 114). puede verse también ANDERSSON, Torbjörn y FRIDÉN, Hugo, «National report on Sweden», en AA.VV., *Enforcement Agency Practice in Europe*, 2005, cit., págs. 229 a 244. Pueden consultarse los informes del Consejo de Europa avalados por la Comisión para la Eficacia de la Justicia (European Commission for the Efficiency of Justice: CEPEJ): AA. VV., *Enforcement of court decisions in Europe*, 2007.

Según MONTERO, «existen ordenamientos en los que la ejecución no se confía a un juez sino a un órgano que sólo puede calificarse de administrativo; este es el caso de Francia y el *bussier de justice*, de Alemania y el *gerichtsvollzieher* o de Italia y el *ufficiale giudiziario* (con algún matiz) [...] En el Derecho Español quedó claro, por lo menos desde el proceso común medieval y actualmente está fuera de toda duda, que la ejecución tiene naturaleza siempre jurisdiccional y que se confía siempre a un tribunal que actúa por medio de un proceso. En otros países, la situación puede ser distinta, pero en el nuestro antes de la Constitución de 1978 (arts. 55 y 919 LEC/1881) y después de la misma (arts. 117.3 CE, 2.1 LOPJ y 545 LEC/2000) la ejecución es siempre un proceso jurisdiccional».

Según HESS, la ejecución en Europa obedece, por lo que a los órganos competentes se refiere, a cuatro sistemas: 1. Sistemas dominados por agentes ejecutores. En Francia, Bélgica, y Escocia la ejecución la desarrollan agentes de ejecución (*bussiers de justice*) sin vínculo orgánico con el tribunal; tienen su propio negocio y contratan a sus propios empleados, son retribuidos mediante honorarios fijados por arancel. En Holanda una reforma de 2001 desreguló el régimen de los agentes de la ejecución (*gerechtdenwaarder*) que ahora actúan como profesionales libres en un marco de competencia, cobran mediante honorarios. 2. Sistemas dominados por el Tribunal. El sistema más tradicional es el que rige en España, Austria y Dinamarca en que la ejecución corresponde a los jueces que la desarrollan como un proceso actuando como agentes ejecutores funcionarios de los juzgados (*rechtspfleger* y *gerichtsvollzieher*) retribuidos con fondos públicos: el tribunal puede avocar las funciones del agente que considere oportunas. 3. Sistemas mixtos, como los que rigen en Alemania e Inglaterra. En Alemania hay agentes ejecutores (*rechtspfleger*) son funcionarios retribuidos con fondos públicos que actúan como delegados del tribunal; pero hay otros agentes ejecutores (*gerichtsvollzieher*) que si bien actúan bajo supervisión del tribunal reciben parte de su retribución mediante honorarios fijados mediante arancel. En Inglaterra, el procedimiento de ejecución tiene dos fases una dirigida directamente por un tribunal con posibilidad de contradicción y una segunda en la que pueden intervenir tanto agentes de ejecución públicos (*sberiffs*) como privados (*bailiffs*). Estos últimos son profesionales habilitados por la *Security Industry Authority* (SIA) que actúan en régimen de libre competencia, cobrando sus honorarios de los acreedores. 4. Los sistemas administrativos como el que rige en Suecia y Finlandia (Hess, Burkhard, «Comparative Analysis of the National Reports», en AA.VV., *Enforcement Agency Practice in Europe*, 2005, cit., págs. 33 a 38); vid., asimismo, ANDENAS, Mads y NAZZINI, Renato, «Enforcement Practices in the EU Member States», en *Enforcement Agency Practice in Europe*, cit., págs. 53 a 101.

Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión así como las tareas de armonización europea en materia procesal civil (por ahora limitadas a la ejecutabilidad de las resoluciones judiciales —reconocimiento mutuo— a través de fórmulas que simplifiquen o eviten el *exequatur* entre los Estados de la Unión Europea; esta aspiración se ha centrado fundamentalmente en la ejecución forzosa de deudas dinerarias de menor cuantía y en la ejecución forzosa en asuntos de familia —abono de pensiones alimenticias y ejecución de los derechos de visita—)<sup>340</sup>.

---

<sup>340</sup> Tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam en 1999, la Unión Europea se fijó por objetivo establecer progresivamente un espacio de libertad, seguridad y justicia, adoptando, en particular, medidas relativas a la cooperación judicial en materia civil (actual art. 81 del Tratado de la Unión Europea; antiguo art. 65 Tratado de la Comunidad Europea); En el Consejo Europeo de Tampere (15-16 de octubre de 1999) se convino el objetivo de garantizar el reconocimiento mutuo de sentencias en materia civil y mercantil reduciendo las medidas intermedias necesarias para el reconocimiento y la ejecución de sentencias o resoluciones judiciales e, incluso, suprimiendo tales medidas intermedias tratándose de demandas de consumidores, reclamaciones de índole mercantil de escasa cuantía o determinados asuntos de familia (derechos de visita y abono de pensiones), supuestos en los que deberían ser reconocidas en la Unión sin necesidad de procedimiento adicional alguno y sin base para denegar su ejecución. Tales medidas podrían acompañarse del establecimiento de normas procesales comunes en aspectos específicos del procedimiento civil (§ 34). Sobre la base del Convenio de Bruselas de 1968, el Reglamento del Consejo (EC) 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, sobre jurisdicción y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I, en vigor el 1 de marzo de 2002) reguló el reconocimiento de sentencias entre los países miembros de la Unión Europea buscando la máxima celeridad al minimizar el número de requisitos aunque sin llegar al completo automatismo. El 30 de noviembre de 2000 se aprobó un programa común del Consejo y la Comisión para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materias civiles y mercantiles (DO C 12 de 15 de enero de 2001, pág. 1); en él se proponía mejorar la ejecución provisional y las medidas cautelares en tanto se prolongasen las medidas de reconocimiento: en particular se proponía mejorar el denominado embargo europeo. Por decisión del Consejo, de 28 de mayo de 2001, se creó una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil (2001/470/CE; publicada en DO L 174 de 27 de junio de 2001 págs. 0025 a 0031). El 20 de diciembre de 2002, la Comisión presentó el Libro Verde sobre el proceso monitorio europeo y las medidas para simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía (COM (2002) 746 final). El 21 de abril de 2004 se adoptó el Reglamento 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados suprimiendo para estos supuestos todo trámite intermedio. El 15 de marzo de 2005 la Comisión presentó al Parlamento Europeo y al Consejo la propuesta de Reglamento por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (COM(2005) 87 final), cuyo artículo 18 establecía que «Cualquier resolución dictada en un Estado miembro en el marco de un proceso europeo de escasa cuantía deberá reconocerse y ser ejecutiva en otro Estado miembro sin que se precise una declaración de ejecutabilidad y sin que exista la posibilidad de oponerse a su reconocimiento cuando la resolución haya sido certificada por el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen utilizando el formulario que figura en el Anexo II». El 12 de diciembre de 2006 se aprobó el Reglamento 1896/2006, del Parlamento y del Consejo, por el que se establece un Proceso Monitorio Europeo (Reglamento CE 1896/2006 —DOUE L 399, de 30 de diciembre) y el 11 de julio de 2007 el Reglamento (CE) n.º 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía. El proceso monitorio europeo aparece como una vía de reclamación transfronteriza de créditos pecuniarios no impugnados, mientras que el proceso europeo de escasa cuantía permite cualquier tipo de demanda cuando su valor,

También el Consejo de Europa se ha manifestado a favor de tal armonización, poniendo el acento en la eficacia de los mecanismos de ejecución<sup>341</sup>, sin olvidar otras garantías como la proporcionalidad<sup>342</sup> o las garantías representadas por las cualidades subjetivas de los agentes encargados de la ejecución (aunque sin prejuzgar cuál sea su naturaleza jurídica: pública o privada, integrantes del tribunal o ajenos al mismo)<sup>343</sup>.

---

excluidos los intereses, gastos y costas, no rebase los 2.000 euros. Para dar efectividad a ambos reglamentos europeos se dictó en nuestro país la Ley 4/2011, de 24 de marzo, de modificación de la LEC para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía.

<sup>341</sup> El año 2009, en el seno de la Comisión para la Eficacia de la Justicia del Consejo de Europa (European Commission for the Efficiency of Justice/CEPEJ) se creó un denominado Grupo de Trabajo sobre Ejecución (*Working Group on Enforcement* —CEPEJ-GT-EXE—) para elaborar directrices para la implementación de la Recomendación de 17 de septiembre de 2003 sobre ejecución forzosa (doc. Rec (2003) 17 ). Estas directrices fueron adoptadas por el CEPEJ en su 14 sesión plenaria de 9-10 de diciembre de 2009 (doc. CEPEJ(2009)11REV2, publicado el 17 de diciembre de 2009). El Consejo de Europa también ha adoptado la Recomendación de 9 de septiembre de 2003 (doc. Rec (2003) 16), sobre ejecución de resoluciones judiciales y administrativas en el campo del derecho administrativo, y la Recomendación de 6 de febrero de 2008 sobre la capacidad de ejecución eficaz de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (CM/Rec(2008)2E).

<sup>342</sup> Rec (2003) 17, § III.1.g. En las directrices propuestas por la Comisión para la Eficacia de la Justicia (European Commission for the Efficiency of Justice/CEPEJ) del Consejo de Europa en diciembre de 2009 (doc. CEPEJ(2009)11REV2) se establece la necesidad de «Control de calidad de los procedimientos de ejecución» estableciendo que «Para llevar a cabo control de calidad de los procedimientos de ejecución, cada Estado miembro debería establecer las normas europeas de calidad y criterios destinados a evaluar anualmente, a través de un sistema de revisión independiente y de inspecciones aleatorias *in situ*, la eficiencia de los servicios de ejecución. Entre estas normas, deberían incluirse: a) Un marco legal claro regulador de los procedimientos de ejecución estableciendo los poderes, derechos y responsabilidades de partes y terceros; b) Procedimientos rápidos, efectivos y a un coste razonable; c) El respeto de todos los derechos humanos (dignidad humana, no privando al demandado de un nivel mínimo de subsistencia económica y no interfiriendo de forma desproporcionada con los derechos de terceros, etc.) [...]» (§ 75).

<sup>343</sup> Rec (2003) 17, § IV. En este apartado de su recomendación se dice que los agentes a cargo de la ejecución 1. Deben cumplir con el resto de principios contenidos en la recomendación. 2. Su estatuto, funciones, responsabilidades y poderes deben estar establecidos legalmente, de modo que se proporcione el máximo grado de seguridad y transparencia posible al procedimiento de ejecución. Los Estados deben determinar el status profesional de los agentes a cargo de la ejecución. 3. La selección de los agentes de la ejecución debe tener en consideración su aptitud ética, sus conocimientos jurídicos y su formación en las normas y procedimientos aplicables. Deben ser examinados para evaluar sus conocimientos teóricos y prácticos. 4. Los agentes deben ser honrados y competentes en el desarrollo de sus funciones y actuar en todo momento con la máxima exigencia profesional y ética. Deben ser equitativos en su trato con las partes y quedar sometidos a control en su desempeño profesional, incluyendo control judicial. 5. Las potestades y responsabilidades de los agentes deben quedar claramente definidos y delimitados respecto a los del juez. 6. Los agentes que sean acusados de abuso deben quedar sometidos a procedimientos civiles penales y disciplinarios que culminen con las sanciones adecuadas de comprobarse la infracción. 7. Los agentes que sean empleados del Estado deben tener condiciones de trabajo adecuadas, recursos materiales suficientes y el personal de apoyo necesario. Deben ser adecuadamente remunerados. 8. Los agentes a cargo de

Desde un punto de vista estrictamente dogmático, la doctrina española ha discutido durante mucho tiempo (discusión en gran parte contaminada por la larga polémica sobre la naturaleza jurídica del juicio ejecutivo) la naturaleza jurisdiccional de la ejecución atribuyéndole con frecuencia un carácter jurisdiccional «sólo por conexión», lo que disminuye o relativiza el significado de la cognición, la contradicción y la declaración que en ella se originan, considerándolos elementos accidentales y, por ello, prescindibles.

En resumen, las realidades positivas del derecho comparado favorables a una ejecución de corte administrativo o ejecución desjudicializada (en diferentes grados), la tolerancia con estos modelos por órganos europeos (Unión Europea y Consejo de Europa) y las concepciones doctrinales que consideran la eficacia como la única garantía verdaderamente esencial en la ejecución, parecen haber influido en las últimas reformas de la LEC, ya en vigor, así como en diferentes propuestas reforma que no llegaron a ser aprobadas, pero que son expresivas de una tendencia que parece que ha de tener continuidad en el futuro.

Las últimas reformas de la LEC en materia de desahucio (LO 19/2003, de 23 de diciembre, *de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*<sup>344</sup>; Ley 23/2003, de 10 de julio, *de Garantías en la Venta de Bienes de*

---

la ejecución deben recibir formación inicial y continuada que atienda a metas y objetivos claramente definidos y bien estructurados.

<sup>344</sup> Consecuencia del desarrollo del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia de 8 de mayo de 2001, firmado por las principales fuerzas políticas del país y con inspiración en el Libro Blanco de la Justicia elaborado por el CGPJ (aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en sesión celebrada el día 8 de septiembre de 1.997). En el Pacto se comprometía la atribución de «nuevas competencias a los Secretarios Judiciales, [...]. Se potenciarán las funciones de ejecución, realización de bienes y jurisdicción voluntaria. Se le atribuirán funciones de dirección en la Oficina Judicial y en los servicios comunes creándose a tal efecto los puestos de Secretario de Gobierno y Secretario Coordinador Provincial» (cláusula n.º 10); «En la nueva estructura, que modifica el modelo tradicional de Oficina Judicial, se diferenciarán los servicios de apoyo directo y atención especializada a cada órgano judicial de los servicios comunes o compartidos por distintos Jueces y Tribunales de un mismo territorio» (cláusula 12 b). También el Libro Blanco, en su día, afirmaba que «El Consejo General del Poder Judicial opta claramente por redefinir las funciones de los Secretarios Judiciales. Se les han de encomendar nuevas funciones en el orden procesal, tales como la resolución de expedientes que por su naturaleza sean de jurisdicción voluntaria y la actividad de ejecución. De esta manera, una vez que el Juez ha dictado la pertinente resolución ordenando la ejecución, toda la actividad de ejecución ha de ser realizada por el Secretario, regresando la ejecución al Juez sólo cuando se suscite algún incidente que requiera decisión sobre derechos».

*Consumo*, Ley 19/2009, de 23 de noviembre, *de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios* y Ley 37/2011, de 10 de octubre, *de medidas de agilización procesal*), con la finalidad exclusiva de favorecer la celeridad y la efectividad de los derechos que constan en un título ejecutivo (la sentencia de desahucio), han relativizado en el proceso de ejecución de estas sentencias (la denominada «ejecución directa» o «lanzamiento directo») el alcance de los principios dispositivo (permitiendo acumular la pretensión de ejecución a la declarativa de desahucio), de conflictividad y de contradicción (al suprimir todo trámite intermedio entre la sentencia y la actividad material de lanzamiento (la «diligencia de lanzamiento») y, como consecuencia de ello (al reducir las posibilidades de decisión del tribunal respecto a la ejecución), han comprometido, en nuestra opinión, los principios de derecho material y de proporcionalidad y, en definitiva, la garantía de acierto (y justicia) de la ejecución<sup>345</sup>.

Por otra parte, la reforma de la LEC por medio de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de *Reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial* (armonizada con la LOPJ por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la reforma procesal), atribuye a los Secretarios Judiciales (con fuerte sometimiento al Ministerio de Justicia) gran número de funciones en materia de ejecución forzosa, reflejando con ello que para el legislador ejecutar lo juzgado es una actividad que no conlleva, al menos en su manifestación más ordinaria (realización de lo previsto en el título sobre la esfera jurídica del deudor), cuestiones litigiosas (pues todo estaría ya resuelto de forma nítida en el título) y, por consiguiente, apenas requiere de la intervención del titular de la potestad jurisdiccional para transitar desde dicho título a la actividad material de satisfacción<sup>346</sup>. Con todos los anteriores elementos, la actividad de ejecución se

---

<sup>345</sup> No obstante, tales restricciones se aplican hasta el momento de realización de la diligencia de lanzamiento: una vez ésta en marcha la ejecución debe recuperar (interpretando la normativa procesal conforme a la Constitución) su función de garantía del acierto en la aplicación del derecho, lo que permite entender que no se ha consumado el tránsito hacia una ejecución de corte administrativo que, por otra parte, nuestra Constitución no autoriza.

<sup>346</sup> En este sentido, el Informe al Anteproyecto de Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial (luego Ley 13/2009, de 3 de noviembre), aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial el 29 de octubre de 2008, consideraba que la atribución a los secretarios judiciales de funciones procesales en ejecución forzosa, revisables por el

puede llegar a concebir, sobre todo cuando se trata de la ejecución de la sentencia de desahucio, como una mera especificación o materialización cuasi automática de lo previsto en el título (una tarea jurídica de trámite o gestión) alejada de una verdadera aplicación jurisdiccional del derecho con todas las exigencias que ello conlleva de resolución de las incertidumbres jurídicas y fácticas y de ponderación y aquilatación de derechos que requiere la justicia<sup>347</sup>. Creemos, sin embargo, que no se ha llegado a ese punto y que las normas vigentes pueden todavía reconducirse interpretativamente al cauce del proceso con todas las garantías que exige nuestra Constitución.

## **2. La ejecución no jurisdiccional desde el punto de vista de los derechos humanos y los derechos fundamentales**

### *2.1. Las normas internacionales sobre derechos humanos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*

La atribución de la ejecución a órganos no jurisdiccionales (y, por tanto, sin las garantías propias de la aplicación del derecho a ellos encomendada tal como hemos descrito en el capítulo anterior) es posible sin que ello suponga vulneración del Derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial que reconocen los Convenios sobre Derechos Humanos suscritos por España, en

---

titular del órgano jurisdiccional mediante el denominado recurso de revisión que, sin ser recurso devolutivo (pues la competencia no sale del órgano jurisdiccional en cuyo seno se dicta el decreto) adquiere caracteres que «además de apuntar una tendencia a la administrativización del proceso, afecta a la naturaleza del instituto y puede tener importantes repercusiones prácticas».

<sup>347</sup> Sin embargo, el carácter reactivo de la contradicción en este proceso permite entender que el legislador no ha sobrepasado los límites (aunque los ha forzado al máximo) entre la actividad jurisdiccional y una actividad formalmente procesal pero no jurisdiccional. Y no los ha sobrepasado porque, por una parte, pese a la atribución a los secretarios judiciales de numerosas resoluciones en el curso de la ejecución, se mantiene la posibilidad de recurrir ante el juez las resoluciones más relevantes adoptadas por el secretario judicial y, por otra parte, porque pese a la inicial expeditividad de la ejecución directa, se puede aún sostener, como argumentaremos más adelante, que ante el riesgo de una actuación contraria a los derechos fundamentales (por vulneración del principio de proporcionalidad) con ocasión de la diligencia de lanzamiento, es admisible la interrupción de la diligencia y la adopción de nuevas medidas de ejecución que permitan acomodar el desalojo a las exigencias de justicia de la jurisdicción propia de un Estado social y democrático de Derecho.

particular el art. 6 CEDH<sup>348</sup> y el art. 14 del PIDCP<sup>349</sup>. Es indudable, a nuestro parecer, que la atribución (en todo o en parte) de la ejecución forzosa a órganos públicos no dotados de jurisdicción y que, por consiguiente, no actúan a través de procesos ni tienen las garantías de independencia propias de los tribunales, supone una merma de garantías con relación al acierto (no tanto, en cambio, de las garantías relativas a la eficacia) en la aplicación del derecho. En estos casos, la Administración pública asume el interés del acreedor en el cumplimiento del título como parte del interés público amparado por la ley que le corresponde tutelar. En cierto modo, la esfera jurídica del ejecutado resultará afectada por un sujeto que no está investido de las mismas garantías de imparcialidad exigidas a los tribunales y que actúa a través de un método que carece de las garantías propias del proceso que, en conjunto, aseguran el acierto de la aplicación del derecho. La limitación de garantías se entiende sin perjuicio de que ese órgano público distinto del tribunal que interviene en la ejecución actúe con sometimiento pleno a la ley y al derecho (art. 103 CE) y lo haga a través de métodos más o menos procesalizados (procedimiento administrativo: art. 105 CE).

La merma de garantías que, en línea de principio, supone acudir a mecanismos administrativos de ejecución se puede compensar (y así debe ser en un Estado de Derecho sometido a las exigencias de los arts. 6.1 CEDH y 14 PIDCP) permitiendo el acceso *a posteriori* a la tutela judicial efectiva (sistema revisor —*judicial review*—)<sup>350</sup> de aquellas resoluciones o actuaciones materiales

---

<sup>348</sup> Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las libertades Fundamentales abierto a la firma por los Estados miembros del Consejo de Europa el 4 de noviembre 1950 y que entró en vigor el 3 de septiembre de 1953.

<sup>349</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado (y abierto a la firma, ratificación y adhesión) por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor para los países firmantes el 23 de marzo de 1976; firmado por España el 28 de septiembre de 1976, entró en vigor para España el 27 de abril de 1977.

<sup>350</sup> En el sistema sueco ya citado «Las medidas coercitivas son adoptadas sólo por la Autoridad [administrativa] y aunque tales decisiones pueden ser recurridas ante un tribunal, siguen ejecutándose hasta la resolución judicial; a menos que el tribunal suspenda la ejecución a petición de parte [...] prácticamente cualquier decisión adoptada por una autoridad [administrativa] de ejecución puede ser recurrida» (ANDERSSON, Torbjörn y FRIDÉN, Hugo, «National report on Sweden», en AA.VV., *Enforcement Agency Practice in Europe*, 2005, cit., pág. 234); en Francia y Holanda las actuaciones de los *Huissiers* se controlan a través de remedios específicos a cargo de los tribunales que supervisan la ejecución; además, en tanto que son profesionales sujetos a regulación, están sujetos a sanciones

adoptadas por la Administración. En este sentido, la jurisprudencia del TEDH ha considerado respetuosas con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y, en particular, con su art. 6 (derecho a un proceso equitativo) aquellas formas de ejecución forzosa encomendadas (en todo o en parte) a órganos administrativos. Con esta interpretación el TEDH permite, como no podía ser de otro modo, la aplicación del art. 6 del CEDH en múltiples sistemas jurídicos, algunos de los cuales no han atribuido carácter jurisdiccional (o no lo han hecho de modo pleno) a la ejecución forzosa.

Sirva de ejemplo de lo afirmado hasta el momento la STEDH de 28 de julio de 1999 (*Inmobiliaria Saffi c. Italia*<sup>351</sup>). En el *caso Saffi*, el gobierno italiano reconocía que los prefectos, encargados de garantizar asistencia policial al desalojo, eran órganos administrativos; el TEDH sostuvo que, en términos generales, la vinculación de la ejecución a autoridades administrativas «no supone una denegación del derecho a un tribunal garantizado en el art. 6.1 del Convenio, en tanto los prefectos estaban obligados a cumplir con los criterios generales y sus decisiones quedaban sujetas a revisión judicial»<sup>352</sup>. No obstante, el TEDH consideró que, en ese caso concreto, el poder atribuido a los prefectos por las normas excepcionales reguladoras de los desalojos de viviendas protegidas contravenía el Convenio Europeo por cuanto «el prefecto se convirtió en la autoridad responsable para determinar si la orden de posesión [dictada por un magistrado] debía o no ser ejecutada, y a la vista de que no podía haber revisión judicial de tales decisiones [del prefecto], la empresa demandante fue privada de su derecho, amparado por el art. 6.1 del Convenio, a obtener la resolución del litigio con su inquilino por medio de un Tribunal.

---

disciplinarias (Hess, Burkhard, «Comparative Analysis of the National Reports», en AA.VV., *Enforcement Agency Practice in Europe*, 2005, cit., págs. 33 y 34).

<sup>351</sup> Ya citada en el capítulo anterior para ilustrar las exigencias del principio de proporcionalidad como garantía de acierto de la aplicación jurisdiccional del derecho; en esta sentencia, el TEDH admite la posibilidad de limitar la eficacia y expeditividad de la actividad de ejecución al amparo de consideraciones de interés público derivadas de la política social y económica o de las exigencias del orden público, pero sostiene igualmente que tal limitación está sometida a un juicio de proporcionalidad.

<sup>352</sup> STEDH de 28 julio 99 (*caso Saffi c. Italia*), § 68.



Situación esta incompatible con el principio del imperio de la ley y, en consecuencia, ha habido violación del art. 6.1 del Convenio»<sup>353</sup>.

Con frecuencia, el TEDH ha calificado la ejecución forzosa de «fase procesal». Esta afirmación, como el propio tribunal europeo ha dejado bien claro en numerosas ocasiones, se realiza a los solos efectos de valorar la posible vulneración del derecho a una duración razonable del proceso<sup>354</sup>. En efecto, para valorar la duración razonable del proceso el TEDH considera que debe computarse como parte del mismo toda la actividad jurídica desarrollada desde la demanda (declarativa) hasta la satisfacción material y efectiva del demandante, por lo que considera la ejecución (sin perjuicio de su naturaleza jurídica que incluso, como acabamos de ver, califica en ocasiones, abiertamente, de administrativa) como una fase o continuación del proceso declarativo precedente. En este mismo sentido, el TEDH, a los solos efectos de cómputo de la duración del proceso, también ha calificado de «fase procesal» la actividad administrativa previa al proceso declarativo (la vía administrativa previa al contencioso, como diríamos en nuestro sistema), lo que demuestra el significado limitado de esta caracterización de la ejecución como «fase procesal». Para el TEDH no toda ejecución debe ser ejercicio de la jurisdicción pero la tutela que proporciona el art. 6 del CEDH exige considerar algo más que la actividad estrictamente desarrollada por los tribunales.

---

<sup>353</sup> *Ibidem*, § 74, el subrayado es nuestro. Como señala DI CARLO, la graduación de los desalojos efectuada por el Prefecto «ponía de relieve la desjurisdiccionalización del proceso ejecutivo que, pese a la originaria dirección del juez, de hecho, quedaba sometido a las directivas del Prefecto, órgano administrativo. Se llegaba a un peligroso desplazamiento de la ejecución forzosa del cauce jurisdiccional al administrativo con los consiguientes problemas de control sobre el funcionamiento de la actividad administrativa» y añade que «La doctrina ya había advertido que el legislador había sustraído, de hecho, al juez, para transferirlo a la policía, el control material sobre la actividad jurisdiccional ejecutiva, recordando que la policía debe desarrollar únicamente una actividad de cooperación, sin hacer valoraciones de intereses» (Di Carlo, Giorgio, *Aspetti Processuali nel Rapporto di Locazione*, Guiffrè, Milán, 2007, págs. 99 a 111).

<sup>354</sup> STEDH de 23 de marzo de 1994 (*caso Silva Pontes c. Portugal*, cit.), §§ 29 y sigs.; STEDH de 28 de septiembre de 1995 (*caso Scollo c. Italia*, cit.) § 44 y sigs.; STEDH de 26 de septiembre de 1996 (*caso di Pede c. Italia* cit.), § 22 y sigs.; STEDH de 26 de septiembre de 1996 (*caso Zappia c. Italia*, cit.), §§ 18 y sigs.; STEDH de 19 de marzo de 1997, (*caso Hornsby c. Grecia*), § 40; STEDH de 23 de septiembre de 1997 (*caso Robins c. Reino Unido*, cit.); STEDH de 28 julio 99 (*caso Saffi c. Italia*), § 66; STEDH de 16 de febrero de 2004 (caso de *Cvijetic c. Croacia*, cit.), § 34; STEH de 24 de marzo de 2005 (*caso Kiurkchian c. Bulgaria*), § 5; STEDH de 11 de enero de 2007 (*caso Kunic c. Croacia*, cit.), § 52. Todas las citas corresponden al capítulo anterior.

Tampoco deben inducir a error sobre la naturaleza que para el TEDH tiene la ejecución, las afirmaciones según las cuales la ejecución forma parte de la actividad de «decisión de los litigios». El TEDH realiza esta afirmación como razón última o justificación para incluir la ejecución en el cómputo de la duración razonable del proceso pero no para considerar la ejecución como parte de dicho proceso. Razona el tribunal que si la sentencia no se ejecuta las garantías que ofrece el art. 6.1 pierden sentido y se vuelven retóricas, por lo que la ejecución debe formar parte, *de alguna manera*, de la actividad de decisión de los litigios y del proceso cuya duración razonable se predica<sup>355</sup>; pero no afirma que la actividad de ejecución deba ser equiparable, en sus sujetos y en sus formas, a los procesos de declaración: parece bastar con que esta actividad exista, sea de duración razonable y se admita su revisión por un verdadero tribunal. Cuando el TEDH afirma que la ejecución forzosa forma parte de las garantías del art. 6.1 CEDH no está diciendo que éstas formen parte de la actividad de ejecución.

La sentencia fundamental a este respecto fue la recaída en el caso *Hornsby c. Grecia* de 19 de marzo de 1997 en la que el TEDH sostuvo que «el derecho de

---

<sup>355</sup> Pero, en general, el TEDH no afirma que en ejecución se decida sobre derechos. En este sentido, KODEK afirma que «si la declaración de los derechos de naturaleza civil tiene lugar en la fase de ejecución, las exigencias del art. 6 CEDH deben cumplirse» lo que ocurre, por ejemplo, si se deja a la fase de ejecución la determinación de la cuantía indemnizatoria, la implementación de la división de cosa común (Kodek, Georg E., «The impact of the European Convention on Human Rights and Fundamental Liberties on Enforcement Practices», en AA. VV., *Enforcement Agency Practice in Europe*, 2005, cit., pág. 316 a 318). En cambio, no hay tal declaración de derechos de naturaleza civil a los efectos del art. 6.1 CEDH en la venta forzosa de bienes del deudor mediante subasta aunque toda venta, al suponer un cambio de propiedad, suponga una «declaración sobre derechos de naturaleza civil» pues no tendría el carácter contencioso que presupone el art. 6.1 CEDH (*ibidem*, pág. 326).

Sólo en algún caso, la posposición de algunos aspectos del conflicto declarativo a la fase de ejecución pueden exigir que las exigencias del art. 6 se extiendan también a ella. Por ejemplo, la STEDH de 23 de marzo de 1994 (*caso Silva Pontes c. Portugal*, cit.), afirma la naturaleza de la ejecución como «decisión de litigios», pues «si la ley nacional de un estado establece un procedimiento que consta de dos fases (una en la que el tribunal establece la obligación de pago y otra en la que fija la cantidad debida) es razonable considerar que, a los efectos del artículo 6 apartado 1 (art. 6.1), un derecho no está “determinado” hasta que su cantidad ha sido establecida. La determinación de un derecho comprende no sólo la decisión sobre la existencia de tal derecho, sino también su alcance o la manera en que puede ejercitarse (vid. entre otras, el caso *Pudas c. Suecia*, sentencia de 27 de octubre de 1987, [...] § 3) lo que, evidentemente, incluye el cálculo de la cantidad debida» (§ 30) y, por ello que «los procedimientos de ejecución no están únicamente destinados a ejecutar una obligación de pagar una cantidad determinada; también sirven para determinar importantes elementos de la deuda misma, [...] Estos procedimientos deben, por consiguiente, ser considerados una segunda fase de los procedimientos [declarativos]» (§ 33).

acceso a un tribunal sería ilusorio si el orden jurídico interno de un Estado permitiera que una decisión judicial definitiva y obligatoria quedara inoperante en detrimento de la parte beneficiada por ella. En efecto, no se comprendería que el art. 6.1 CEDH describiera en detalle las garantías del proceso (equidad, publicidad y celeridad) y que luego no protegiera la puesta en práctica de las decisiones judiciales; [...] se correría el riesgo de crear situaciones incompatibles con el principio de preeminencia del Derecho que los Estados contratantes se han obligado a respetar al ratificar el Convenio [...] La ejecución de una sentencia o una decisión de cualquier jurisdicción que sea, debe ser considerada como parte integrante del proceso en el sentido del art. 6 CEDH»<sup>356</sup>. Esta jurisprudencia ha sido seguida de modo constante introduciendo diversos matices<sup>357</sup>. Aunque el

---

<sup>356</sup> § 185. El caso *Hornsby c. Grecia* era relativo a la concesión administrativa de la licencia de apertura de un centro docente en lengua extranjera; la ejecución perseguida era una actividad administrativa.

<sup>357</sup> En la STEDH de 23 de septiembre de 1997, (*caso Robins c. Reino Unido*) se afirma que todas las fases de los procedimientos judiciales están encaminadas a resolver los litigios sobre los derechos y obligaciones de carácter civil sin que se puedan exceptuar las fases posteriores a las decisiones sobre el fondo; la STEDH de 21 de abril de 1998, (*caso Estima Jorge c. Portugal*, analizaba la posibilidad de asimilación de la actividad judicial de ejecución de títulos extrajudiciales (ejecución hipotecaria), al concepto de proceso expresado por el art. 6.1 CEDH a los efectos del cómputo de las dilaciones indebidas, algo que el TEDH había admitido hasta dicho momento con el argumento de ser la ejecución, a estos efectos, una segunda fase procesal); en este caso, el gobierno portugués argumentó que «la acción de ejecución, basada en el título ejecutivo, [...] supone la existencia de un derecho ya establecido y preciso y no tiene, por lo tanto, por objeto un “litigio” [...] sobre la existencia, extensión o las modalidades del derecho del acreedor para exigir del deudor la prestación procedente» de modo que «la circunstancia de que, en el sistema portugués, el procedimiento de ejecución es formalmente judicial no modificaría en nada la verdadera naturaleza de la ejecución, que, en tanto procedimiento material y no jurídico, podría desarrollarse ante un tribunal o, como en otros sistemas jurídicos, ante autoridades administrativas» (§ 33); sin embargo, el TEDH sostiene que «el espíritu del Convenio ordena no tomar el término “litigio” en una acepción demasiado técnica y dar de él una definición material más que formal; [...] es en el momento en que el derecho reivindicado encuentra su realización efectiva cuando hay decisión de un litigio de carácter civil» (§ 34) y añade que «sea cual sea la naturaleza del título ejecutivo, sentencia o acta notarial, la ley portuguesa confía su ejecución, según un procedimiento idéntico, a los Tribunales judiciales. Este procedimiento de ejecución fue determinante para la realización efectiva del derecho de la demandante. Por consiguiente, el artículo 6.1 tiene que aplicarse» (§ 35); en el caso *Perez de Rada Cavamilles c. España*, de 28 de octubre de 1998 se llega a la misma conclusión que en el caso Estima en relación ahora a la ejecución de un acto de conciliación cuyo carácter de “litigio” era negado por el demandado. En este caso, además, el tribunal aplica a la ejecución los criterios de acceso a los procesos: el retraso de dos horas en la presentación de un recurso de reposición frente a la denegación de ejecución no debe hacer decaer el derecho a la ejecución. la STEDH de 28 de septiembre de 1995 (*Scollo c. Italia*), cit., el tribunal afirma que aun cuando no pudiera hablarse estrictamente de procedimientos de ejecución forzosa, «el artículo 6.1 es aplicable, teniendo en cuenta el propósito del procedimiento, que era el de resolver la disputa entre el demandante y su inquilino» (§ 44); En esta misma línea, la STEDH de 26 de septiembre de 1996 (*caso di Pede c. Italia*, cit) se afirma, de nuevo que es «con referencia al Convenio y no sobre la base del

TEDH, con esta ampliación del concepto de «decisión de los litigios», extiende a la ejecución forzosa la aplicación de garantías procesales, aclara, acto seguido, que tales garantías se pueden proporcionar bien directamente y de modo originario, como ocurre cuando el Estado construye una ejecución de naturaleza jurisdiccional (un proceso), bien de modo indirecto, mediante los oportunos mecanismos de revisión judicial, si el Estado adopta un sistema de ejecución administrativa o parcialmente administrativa<sup>358</sup>.

En resumen, en el marco del CEDH, la garantía de justicia (aplicación acertada y eficaz del derecho) representada por la intervención de un tribunal independiente e imparcial y por la posibilidad de cognición y contradicción procesales, pueden tener lugar mediante un sistema de ejecución de corte administrativo siempre que se garantice un proceso posterior de naturaleza revisora (*judicial review*) y que dicha actividad administrativa de ejecución se considere integrada en el proceso a los solos efectos de determinar la duración razonable del mismo.

Pese a todo, KODEK afirma que «además de la exigencia de una duración razonable (cuya aplicación a los procedimientos de ejecución está claramente fundada) los procedimientos de ejecución están sometidos a un baremo general de justicia [*fairness test*], por ejemplo, si cumplen con *principios básicos de justicia [basic notions of fairness]* [...] mientras que el resto de garantías que

---

derecho nacional que el tribunal debe decidir cuando se hizo efectivo el derecho afirmado por el Sr. Di Pede el 14 de julio de 1978. Es ese momento el que constituye la “decisión” de un litigio sobre un derecho de carácter civil y, por tanto, una resolución definitiva con el sentido del art. 26» (§ 22); en el mismo sentido la STEDH de 26 de septiembre de 1996 (*Zappia c. Italia*, cit.) donde el tribunal razona como en el caso anterior (§ 18).

<sup>358</sup> Con todo TARZIA entiende que la jurisprudencia del TEDH sugiere que las garantías que del art. 6.1 CEDH se derivan para el proceso de ejecución no se limitan a contabilizar la ejecución en la duración razonable del proceso: la interpretación efectuada del concepto de «decisión» haría aplicables también a la actividad de ejecución el resto de las garantías del proceso justo que contiene dicho artículo. Sin embargo, admite también que la extensión del concepto de «decisión» (o de «litigio civil») es todavía insuficiente para exigir tales garantías si no se reconoce la naturaleza contenciosa del proceso de ejecución (Tarzia, Giuseppe, «Il giusto processo di esecuzione», *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 2, abril 2002, pág. 331); Vid., asimismo, FOCARELLI, Carlo, *Equo processo e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 2001, págs 74 a 77 y SALVIA, «Riflessioni in tema di esecuzione civile ed equo processo nel quadro dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo», *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1993, págs. 15 y sigs.

reconoce el art. 6 más detalladamente no se aplican a los procedimientos de ejecución en cuanto tales»<sup>359</sup>.

## 2.2. La Constitución Española de 1978

A diferencia del CEDH, en nuestra Constitución ha quedado vedada la ejecución de sentencias de naturaleza administrativa. La ejecución forzosa sólo puede tener lugar mediante un proceso de naturaleza jurisdiccional. La norma fundamental española ha diseñado un sistema en el que la ejecución de resoluciones jurisdiccionales forma parte de la propia jurisdicción (pues la jurisdicción —y no otra cosa (principio de exclusividad)— se manifiesta «juzgando y *haciendo ejecutar lo juzgado*» —art. 117.3 CE—) y, por tanto, consiste en la actuación del derecho por tribunales imparciales y a través de procesos (pues la potestad jurisdiccional se ejercita siempre mediante los procesos —«en [todo tipo de] procesos»: art. 117.3—) que deben gozar de «todas las garantías» (pues el art. 24.2 CE no distingue unas garantías para los procesos de declaración y otras para los de ejecución).

No obstante, el art. 117.3 CE, al separar terminológicamente la potestad de «juzgar» y la de «ejecutar lo juzgado», puede dar a entender una radical distinción entre la actividad judicial declarativa (para la cual el proceso sería garantía de acierto de la decisión en cuanto actividad cognoscitiva y contradictoria ante un órgano imparcial) y una actividad judicial ejecutiva (respecto de la cual el proceso y el tribunal serían sólo garantes de la eficacia al servicio del acreedor). Si el término «juzgar» empleado en el art. 117.3 CE alude a la actividad cognoscitiva (el «juicio» como actividad del pensamiento, sea con carácter definitivo —sentencia— o instrumental —la cognición—) y el término «ejecutar» a la mera materialización o puesta en práctica, con actos materiales, de lo ya decidido,

---

<sup>359</sup> KODEK, Georg E., «The impact of the European Convention on Human Rights and Fundamental Liberties on Enforcement Practices», en AA. VV., *Enforcement Agency Practice in Europe*, 2005, cit., pág. 316. En concreto para la exigencia de su desarrollo por un tribunal independiente e imparcial al ocuparse de los procedimientos de ejecución extrajudiciales o desarrollados por profesionales como los *Huissier* o *sheriff* afirmando que «están en sintonía con el art. 6 en cuanto el derecho de acceso a un tribunal reconocido en el art. 6 CEDH no sea vulnerado [...] Si, no obstante, un deudor se opone a su obligación (y todavía no se ha dictado una resolución judicial en un procedimiento anterior), debe ofrecerse acceso a un procedimiento ante un tribunal que decidirá sobre “los derechos y obligaciones de carácter civil” de las partes» (Kodek, *ibidem*, pág. 324).

puede interpretarse que el proceso de declaración es aquél en que *sólo* se hace lo primero y el de ejecución aquél en que se hace, *exclusivamente*, lo segundo. Por nuestra parte, entendemos que no se trata de actividades que se excluyan mutuamente en el seno de un proceso dado y, menos aún, que se asignen con carácter excluyente a cada una de las modalidades de procesos. El enunciado constitucional se limita a exponer las posibles formas o modalidades de actividad jurisdiccional (las potestades fundamentales al servicio del tribunal, por decirlo así), pero no pretende realizar una atribución *en exclusiva* del ejercicio de cada una de estas modalidades a procesos diferentes. Dicho de otro modo, el ejercicio de cada una de las potestades (la de decidir mediante declaraciones de voluntad —juzgar—, y la de realizar actos materiales —ejecutar—) puede tener lugar tanto en procesos de declaración como en procesos de ejecución. En el proceso de declaración se «ejecuta» (cuando se materializan las resoluciones interlocutorias del tribunal y, por ejemplo, los funcionarios del tribunal notifican, citan o emplazan, las partes cumplen un requerimiento...) y, más claramente aun, en el proceso de ejecución «se juzga» en numerosas ocasiones para resolver incertidumbres que surgen al traducir el título a la esfera jurídica del deudor (como hemos pretendido demostrar en el anterior capítulo). En «todo tipo de procesos» habrá, pues, un constante «juzgar» y «ejecutar» que requerirá siempre de «todas las garantías».

También pueden interpretarse que las expresiones que analizamos («juzgar» y «ejecutar») se emplean en el art. 117.3 CE para aludir, respectivamente, a cada uno de los actos o momentos de máxima efectividad de la actividad jurisdiccional. El «juzgar» aludiría al resultado último del proceso de cognición (el «juicio» definitivo: sea una sentencia o un auto de sobreseimiento) que otorga la satisfacción reclamada (o la deniega, satisfaciendo entonces el interés de la parte contraria), y el «ejecutar» a la realización sustitutiva y coercitiva a que el demandante aspira en el proceso de ejecución para obtener la prestación que el deudor le niega. Tampoco en este sentido la norma constitucional estaría limitando, por sí misma, el contenido del proceso de declaración o del proceso de ejecución y, menos aun, las garantías a ellos inherentes. En efecto, en el proceso de declaración, el «juicio» como *iudicium* o resolución jurisdiccional requiere toda una compleja actividad previa de contradicción y cognición (y aun de actividades materiales: de notificación, por ejemplo): el proceso o *processus*, de ahí que el proceso es, sumando ambos

elementos, *processus iudicii*. Del mismo modo, para alcanzar el resultado de «ejecutar lo juzgado» se requiere, desde el primer momento (despacho de ejecución) una constante actividad de coerción y sustitución (ejecución como actividad, actos ejecutivos instrumentales) pero, simultáneamente, de una actividad cognoscitiva que se expresará en diversas resoluciones dictadas en el curso del proceso de ejecución (en «juicios» instrumentales como expresión de lo juzgado) y cuya formación con todas las garantías exige la posibilidad (aun cuando sea reactiva) de contradicción (*audiatur et altera pars*); dicha actividad (*processus*) desemboca en un resultado (ejecución como resultado) del que se puede decir que se habrá obtenido con todas las garantías. Esta actividad cognoscitiva y contradictoria propia del proceso de declaración y del proceso de ejecución, aun si no se quiere entender incluida en el término «juzgar» empleado en el art. 117.3 CE (considerando que éste sólo alude al *iudicium*), viene en todo caso exigida por las garantías que el art. 24.2 CE predica de todo proceso (*processus*)<sup>360</sup>; pero este caso el ejecutar lo juzgado tampoco alude

---

<sup>360</sup> BARRIOS DE ÁNGELIS señala en este sentido, (1.º) la imbricación constante de hacer y conocer (conocimiento y ejecución) al afirmar que «las categorías ónticas funcionales son el hacer y el conocer; con el añadido de que el conocer es una forma de hacer, procesalmente hablando. El conocer consiste en el proceso, en suministrar, criticar, preparar y establecer el conocimiento; es decir, en proveer, criticar, preparar y establecer un saber acerca de algo. El hacer funciona de dos maneras características: 1) es un instrumento para el conocer, como lo revelan los distintos verbos que denotan un hacer, relativo al conocimiento; 2) o es la finalidad última procesal, para la cual el conocer es un instrumento [...] el segundo modo, el conocer manifestado por un hacer, sirve de fundamento y antecedente necesario al hacer, que consiste en una modificación jurídica más intensa que el mero conocimiento. En este caso, el producto del conocer, el conocimiento, instrumenta el hacer, que corresponde a la noción específica de ejecutar, llevar a efecto una manifestación física —comprendida en ella lo psíquico— y coactiva. [...] todo proceso es, esencialmente, desde el punto de vista funcional, conocimiento; que las funciones principales instrumentan ese conocimiento. Y que asimismo todo proceso es ejecución en sentido genérico, o sea, realización, preparatoria o definitiva, del derecho» (Barrios de Ángelis, Dante, *Teoría del Proceso*, Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2002, págs. 236 y 237); (2.º), la relatividad de la distinción entre hacer y conocer pues, por una parte «la forma final del conocimiento, el establecer autoritativamente el conocimiento, obra una transformación del objeto, y en consecuencia es también un hacer» y, por otra, existe «un modo del hacer final, la modificación constitutiva (el divorcio, la rescisión judicial del contrato, etc.); que al darse en el instrumento máximo del conocimiento, la decisión, se suele incorporar a las formas del conocimiento, pero que se traduce en un hacer» (*ibidem*); y (3.º) que la distinción entre proceso de declaración y ejecución ha de hacerse a partir del «fin último», pues sólo su determinación «es característica, y ella implica modos propios de la instrucción y de la satisfacción. La instrucción ejecutiva comprende la determinación y afectación de bienes para la satisfacción; ésta consiste en el desplazamiento o la transformación coactivos de bienes o personas» (*ibidem*) y, por tanto, «un proceso se califica como de conocimiento o de ejecución independientemente de su contenido y de su estructura [...] lo que importa es el fin último [...] De modo que aunque todo proceso es de conocimiento, algunos se califican como “de ejecución”, en virtud de que su fin último es el característico de la satisfacción ejecutiva» (*ibidem*, pág. 239) [subrayado en el original]; y así: «la distinción conocimiento-ejecución no es una de más o menos, de preponderancia o subordinación dimensional, sino pura y simplemente teleológica: la determina el fin último del

al proceso sino al resultado del mismo (y presupone el proceso de ejecución como actividad cognoscitiva y contradictoria). En este último sentido, el art. 117.3 CE, al establecer el ejercicio de la potestad jurisdiccional (incluida la de ejecutar) a través del proceso está invitando, en nuestra opinión, a construir el mismo sin posibilidad de indefensión y «con todas las garantías» (art. 24.2 CE).

El encuadramiento de la ejecución en el ámbito de la jurisdicción y la exigencia de un proceso de ejecución con todas las garantías para llevarla adelante, puede verse tergiversado si se asume esta exigencia de un modo meramente formal, sin comprender las exigencias garantistas que de ella se derivan. Esta tergiversación se pone de manifiesto cada vez que se hace pivotar el carácter jurisdiccional de la ejecución sobre la efectividad de la tutela, considerándola la única función del proceso de ejecución y postulando una regulación excesivamente impulsiva de la misma<sup>361</sup>. El propio TC habría abonado esta postura cuando ha puesto el acento de la ejecución en la eficacia de la tutela. Desde la Sentencia 32/82, de 7 de junio, el TC español, en paralelo en este punto con el TEDH, ha vinculado íntimamente el derecho a la ejecución con la eficacia del proceso declarativo que lo precede, sosteniendo que el derecho a que el fallo se cumpla se deriva directamente de la garantía de efectividad de la tutela atribuida a la propia sentencia: es decir, justifica la ejecución como una extensión de las garantías de eficacia que comienzan con el proceso declarativo<sup>362</sup>. Esta perspectiva pareciera dejar de lado la autonomía del proceso de ejecución.

### 3. La ejecución no jurisdiccional desde un punto de vista dogmático

#### 3.1. La naturaleza «jurisdiccional por conexión» de la ejecución forzosa

Desde un punto de vista doctrinal en ocasiones se ha atribuido a la ejecución forzosa una naturaleza «jurisdiccional por conexión»<sup>363</sup> o bien se la ha considerado una «fase»

---

proceso. Si ese fin último es la satisfacción genérica o la constitutiva, tendremos proceso (funcionalmente considerado) de conocimiento; si la satisfacción ejecutiva, proceso de ejecución» (*ibidem*, pág. 241).

<sup>361</sup> La tendencia paralela en el Derecho italiano es reflejada por TARZIA, Giuseppe, «Il giusto processo di esecuzione», cit., págs. 332 y 333.

<sup>362</sup> La jurisprudencia correspondiente quedó expuesta en el capítulo 2.

<sup>363</sup> Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, para quien «a la actividad jurisdiccional pura se unen otras actividades que son jurisdiccionales tan solo por acesión [...] no existe otra alternativa que considerar



del proceso, la fase que sigue a la fase de declaración, y no un proceso en sí mismo. Con estas posiciones se está reconociendo, a nuestro parecer, que, por sí sola, la ejecución forzosa no responde plenamente a la función jurisdiccional ni requiere, las características de un verdadero proceso. Para las posturas enunciadas, el proceso de ejecución de sentencia (u otros títulos ejecutivos precedidos de cognición, como los laudos arbitrales) tomaría «prestadas» del proceso declarativo precedente, al que estaría «conexo», algunas garantías típicas del proceso y, específicamente, aquellas al servicio del acierto de la aplicación del Derecho que se persigue con la jurisdicción. El proceso en ejecución de títulos formados sin cognición judicial previa (títulos no procesales o arbitrales) pospondría dichas garantías a un proceso ulterior. No se considera problemático en que la ejecución forzosa sea actividad procesal siendo una actividad carente de contradicción y a la que incluso «repugna la contradicción», pues ésta garantía sólo tiene sentido ante un conflicto (cognoscitivo) el cual ya estaría agotado en la fase precedente<sup>364</sup> o habría sido postergado a un proceso ulterior. El proceso de ejecución sería, desde ésta perspectiva, una mera «fase» que añade, exclusivamente, la dimensión de eficacia que faltó a la fase anterior

---

los actos judiciales preparatorios o ejecutivos al juicio como jurisdiccionales por accesión o como administrativos, solución esta inevitable si se quiere centrar la jurisdicción en un momento diverso del juicio» (Serra Domínguez, Manuel, *Jurisdicción, acción y proceso*, Atelier, Barcelona, 2008, pág. 54; antes en «Jurisdicción», en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, pág. 50). Para este autor, el juicio es el momento que expresa la esencia de la jurisdicción como determinación irrevocable del derecho en lo concreto y a él debe referirse la sustancia de la jurisdicción. Igualmente, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, «Una nueva reflexión acerca del Derecho procesal», en *Estudios de Derecho Procesal*, Pamplona, 1974, pág. 56. Para MONTERO AROCA estas posturas tienen origen en «concepciones teóricas de la jurisdicción que llevan a consecuencias lógicas inevitables» (MONTERO AROCA, Juan, *El proceso de ejecución (Títulos ejecutivos. Demanda ejecutiva. Oposición a la ejecución)*, con FLORS MATÍES, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 33, nota 9).

<sup>364</sup> DELA PLAZA, afirma que «lo que constituye característica del proceso de ejecución (no nos cansaremos de repetirlo) es que la cognición está ausente de él y repugna a su esencia» (De la Plaza, Manuel, «Los principios fundamentales del proceso de ejecución (I)», *Revista de Derecho Privado*, núm. 333 (1944), t. XXVIII, pág. 904). Según MONTERO AROCA «la doctrina de mayor influencia y prestigio llegó a creer que la no vigencia del principio de contradicción entre las partes era el elemento caracterizador del proceso de ejecución {GUASP, *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*, 1951, pág. 65}, o, por lo menos, que se trataba de un proceso no contradictorio {HERCE, *Derecho Procesal Civil II*, (con Gómez Orbaneja), Madrid, 1976, pág. 249}, y aun que el ejecutado no tiene la consideración de parte pues “el obligado sufre la ejecución, sin que dentro de ella pueda realizarse acto alguno de defensa” {FENECH, «Los procesos sumarios de ejecución», en *Estudios*, cit., pág. 502}; como mínimo se afirmaba que en el proceso de ejecución las partes no están en situación de igualdad {PRIETO CASTRO, *Derecho Procesal Civil, II*, Zaragoza, 1952, pág. 77}» (MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *Tratado del proceso de ejecución*, t. I, pág. 54 y notas 42 a 45).

o que anticipa la que proporcionará una actividad procesal posterior (proceso posterior) de las que toma las garantías propias del proceso.

La concepción que sostiene que la actividad de ejecución es jurisdiccional sólo por su conexión con otra actividad procesal precedente (la fase procesal de declaración) o posterior (el proceso declarativo posterior) es, en nuestra opinión, contradictoria y empobrecedora de la jurisdicción y de la institución procesal que la sirve. Es contradictoria porque aun afirmando formalmente el carácter jurisdiccional de la ejecución, lo niega en su esencia. Si para poder predicar la naturaleza jurisdiccional de la ejecución se la debe vincular con el proceso o fase declarativa (precedente o posterior) se está admitiendo que, por sí sola, no reúne los caracteres que se predicán de la jurisdicción y se ve obligada a crear el artificio conceptual de referir algunos de sus caracteres típicamente jurisdiccionales a otro proceso (precedente o posterior). Es una concepción empobrecedora de la jurisdicción y del proceso porque pretende que la mera intervención de un tribunal en la aplicación del Derecho permite identificar como jurisdiccional la actividad desarrollada y calificar como proceso la institución que la canaliza: reduce lo jurisdiccional y lo procesal a todo aquello que se hace por el tribunal al margen de las garantías que esto aporte a la realización del Derecho; es un concepto empobrecedor del sistema de garantías que regula el Derecho procesal.

De asumir las nociones expuestas, bastaría con dotar a un órgano del *imperium* suficiente para imponer (por sustitución y con el empleo instrumental de la coerción) un derecho que se considera ya determinado en todos sus extremos y proyecciones. Nada obstaría en tal caso (todo lo contrario) a residenciar el desarrollo de la ejecución en órganos administrativos dotados de *imperium*, aunque ya no de *iurisdictio* (noción vinculada no sólo al *imperium o potestas* sino a la *auctoritas* que se deriva de las garantías con que se realiza). Sería entonces el recurso a los tribunales frente a la actuación administrativa de ejecución el medio que garantizaría la tutela efectiva que integra los derechos reconocidos en los arts. 6 CEDH, 10 de la Carta de Naciones Unidas y 14 del PIDCP.

Esta no ha sido, sin embargo, la opción constitucional por lo que entendemos que en nuestro sistema la tutela efectiva (de ejecutante y ejecutado) la debe garantizar directamente la actuación del tribunal a través del propio proceso de ejecución y no (al

menos no con carácter universal) un tribunal diferente a través de procesos posteriores de carácter revisor. No se respeta dicha opción cuando se reducen dramáticamente las posibilidades de cognición y de resolución del titular de la potestad jurisdiccional en relación con la actividad ejecutiva.

### 3.2. *Relevancia del debate sobre la naturaleza jurídica del juicio ejecutivo*

Al debate expuesto sobre la naturaleza jurisdiccional o cuasi-administrativa de la ejecución no ha sido ajeno en nuestro país el debate histórico-doctrinal sobre la naturaleza del tradicionalmente denominado juicio ejecutivo. En nuestra historia legislativa, el régimen jurídico del juicio ejecutivo (aplicable a ciertos títulos ejecutivos) ha sido a veces convergente y otras divergente respecto al régimen de la ejecución forzosa de sentencias (y otros títulos). Dicha evolución indujo a parte de la doctrina a contraponer ambas figuras e, incluso, a polarizar sus características, identificando el primero con un proceso declarativo sumario (o una forma mixta de proceso declarativo y de ejecución) y negando al segundo la posibilidad de contradicción (pues lo aproximaría al ejecutivo) conduciéndonos así a la concepción de una ejecución que, aunque dirigida por el tribunal, sería ajena al conflicto y, por ello, a la cognición, contradicción y declaración de las que si participaría el juicio ejecutivo<sup>365</sup>. La cuestión ha sido muy controvertida por la doctrina.

---

<sup>365</sup> Según DE LA OLIVA: «es conveniente señalar un elemento que parece haber latido en la resistencia a entender el “juicio ejecutivo” como proceso de ejecución [...] la existencia de un posible incidente de oposición a la ejecución, que cabía promover una vez “despachada” [...] A causa de la posibilidad de promover este incidente, se vino a sostener que los “títulos ejecutivos” del art. 1429 LEC [de 1881], que llevaban “aparejada ejecución”, eran, en realidad, documentos (“títulos ejecutorios” para algunos) que justificaban un mandamiento judicial de pago, tras el cual, si no había oposición, se convertían en títulos ejecutivos propiamente dichos (habría, según lo expuesto antes, un título complejo) y, si se producía oposición, era la resolución que desestimase ésta (la “sentencia de remate”) la que consistía en el verdadero título ejecutivo. Como quiera que, según la LECA [LEC de 1881], tras el examen de regularidad del título se despachaba ejecución y se trababa el embargo y la oposición estaba prevista con posterioridad a todo ello, se sostenía que ese embargo constituía una medida cautelar (aunque se decretase sin necesidad de prestar caución)» (Andrés de la Oliva Santos, Ignacio Díez-Picazo Giménez, Jaime Vegas Torres, *Derecho Procesal civil. Ejecución Forzosa. Procesos especiales.*, CERA, Madrid, 2000, pág. 46). GUASP afirmaba que «en el derecho positivo español, se conocen con el nombre de proceso o juicio ejecutivo actuaciones judiciales que no pertenecen en realidad, a la categoría de la ejecución auténtica, sino de la cognición, si bien se trata de una cognición sumaria o limitada. La clave para diferenciar [...] se halla, en la esencia natural de cada figura: un proceso en el que existen con carácter normal y no excepcional, alegaciones contradictorias de las partes, que son valoradas por el Juez en una resolución sobre el fondo, no será un proceso de ejecución, sino un juicio declarativo; opuestamente, un proceso que no admita esta clase de actividades alegatorias, o solamente las prevea como incidentes anormales que desvían de su verdadero cauce, será un proceso de ejecución, cualquiera que sea el nombre que se le reserve en el derecho positivo» (Jaime

Para un primer sector de la doctrina, cuando el juicio ejecutivo, procedente de Italia, hizo su aparición en España en la Ley Sevillana de 1360<sup>366</sup>, era un proceso declarativo sumario, separado del proceso de ejecución de sentencias (menos contradictorio)<sup>367</sup>; habría sido un «error» del Ordenamiento de 1396<sup>368</sup>, amplificado o generalizado por la *Lex Toletana* de 1480<sup>369</sup>, fundir total o parcialmente su regulación con la del proceso de ejecución de sentencias. Error que

---

Guasp, t. II, págs. 193 y sigs.).

<sup>366</sup> El Ordenamiento sobre Administración de Justicia dado por Pedro I a la ciudad de Sevilla en 1360 (publicado por Emilio Sáez Sánchez en *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. XVII, 1946, págs. 713 a 750), distingue entre la ejecución de sentencias consentidas o pasadas en autoridad de cosa juzgada (Ley IX) y la ejecución de instrumentos públicos (Ley XVI). En el primer caso regula la venta o remate de bienes muebles e inmuebles, estableciendo posibilidades para que el ejecutado se opusiera a la ejecución alegando pago, quita y espera o cualquier avenencia entre las partes y excluyendo expresamente los testigos como medio de prueba. En el segundo caso considera ejecutivas las escrituras públicas firmadas por notario con dos testigos, establece que antes de la venta de los bienes sea requerido el deudor para formular causas de oposición que podrían ser «pago o alguna razón o defensión derecha».

Textos anteriores también parecen reflejar el juicio ejecutivo en distintas etapas de su desarrollo. Vid. LUMBRERAS VALENTE, Pedro, «Aportación a la historia del juicio ejecutivo en el derecho patrio», *Revista de Derecho Procesal (publicación Iberoamericana y Filipina)*, núm. 2 (segunda época-1960), págs. 243 a 251 (acumuladas 386 a 394); ESTEPA MORIANA, Vidal, «El juicio ejecutivo como proceso de ejecución en el derecho histórico español», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1977, págs. 87 a 101.

<sup>367</sup> Vid, por todos, FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «Un nuevo descubrimiento sobre la historia del juicio ejecutivo en España: El Ordenamiento procesal sevillano de 1360», en *Revista de Derecho Procesal*, año VI, núm. 2 (1950), páginas 313 a 345 (también publicado en *Estudios de Derecho procesal. Tomo I. Historia.*, EDERSA, Madrid, 1955, págs. 553 a 589). Del mismo autor: *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, Bosch, 1954; «La litiscontestatio y sus consecuencias. Una perspectiva histórica del proceso», en *Estudios de Derecho procesal. Tomo I. Historia*, Tecnos, Madrid, 1969, págs. 55 a 57; *Sobre la historia del juicio sumario ejecutivo en Valencia (La ordinació del rey don Martín de 1403)*, Universidad de Valencia, Valencia, 2004, págs. 95 y sigs. Partidarios del juicio ejecutivo como declarativo sumario, entre otros, GUASP DELGADO (*Derecho Procesal Civil*, vol. 2, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, págs. 131 a 133); DELA PLAZA, «Principios fundamentales del proceso de ejecución (I)», *Revista de Derecho Privado*, 1944, págs. 896 y sigs., y *Derecho Procesal civil español*, Ed. Revista de Derecho Privado, vol. II, 1.ª parte, 1951, págs. 409 y 410), HERCE QUEMADA, (*Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, págs. 522 y sigs.), PRIETO CASTRO (*Derecho procesal civil*, t. II, Madrid, 1956, págs. 187 y sigs.) (vid. Montero Aroca, Juan, Tratado, pág. 57). En ALCALÁ ZAMORA (concretamente en sus adiciones a la traducción del manual de Goldschmidt, *Derecho procesal Civil*, Barcelona, 1936, traducido por Prieto Castro) encuentran Montero y Flors (El proceso de ejecución, pág. 53) el origen de esta corriente

<sup>368</sup> Pragmática dada por don Enrique III a Sevilla el 2 de mayo de 1396.

<sup>369</sup> Los Reyes Católicos, por medio de una pragmática dada en Toledo en 1480 (*Lex Toletana*) extendieron a «todos nuestros Reinos» la Ley dada a Sevilla por Enrique III. Añadiéndose al final de la ley de 1480: «I esto mismo mandamos que se guarde, pidiendo execucion de sentencia passada en cosa juzgada». Luego sería reproducida en las Ordenanzas Reales de Castilla (Ley V, Tít. VIII, Libro III), en la Nueva Recopilación de 1567 y en la Novísima Recopilación de 1805 (Ley I, Tít. XXVIII, Libro XI).

no resolvió correctamente la evolución posterior de las respectivas figuras<sup>370</sup> (por ejemplo, la Nueva Recopilación —1567—<sup>371</sup> o la Novísima Recopilación —1805—). El mentado error tampoco fue resuelto por la codificación, pues las leyes de enjuiciamiento de 1855 y 1881, pues, aunque crearon sedes sistemáticas distintas para la ejecución de sentencias y el juicio ejecutivo<sup>372</sup>, mantuvieron la confusión de figuras mediante constantes remisiones de una sede a la otra para completar las respectivas regulaciones y mantuvieron, asimismo, una terminología confusa<sup>373</sup>.

Sin embargo, sostener, como hacía la doctrina hasta ahora expuesta, que el juicio ejecutivo era un proceso declarativo sumario no equivalía, por sí solo, a rechazar la posibilidad de contradicción(al menos en algún grado) en la ejecución de sentencias: se debía admitir, al menos, que ya en la Ley sevillana de 1360 (origen

---

<sup>370</sup> Evolución que, según PRIETO CASTRO, lo que se hizo fue hacer girar en torno al juicio ejecutivo cuantas normas se fueron dictando acerca de la ejecución forzosa en general, haciendo remisiones de su aplicabilidad a la ejecución de sentencias; Cfr. PRIETO CASTRO, *Derecho Procesal Civil*, t. II, Zaragoza, 1954, pág. 186; FAIRÉN GUILLÉN, «La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855», en *Temas del Ordenamiento Procesal*, págs. 32 y 33. La oposición a la ejecución, sin embargo, no se aprecia en las leyes de las Partidas, donde la ejecución de sentencia (pero no así el juicio ejecutivo) se regula sin oposición (Partida III, Título XXVII, «como los juicios que son valederos deven ser cumplidos y quien los deve cumplir»).

<sup>371</sup> En la Nueva Recopilación de 1567 el proceso ejecutivo se contenía en el Título XXI, del Libro IV «de las entregas, i execuciones de contratos, i sentencias, i confessiones, o conoscimientos, i de los executores dellas»; el Título XVII, «de las sentencias y nulidades que contra ellas se alegan», no atendía a la ejecución propiamente dicha, sino al momento en que quedaba constituido el título ejecutivo que era la sentencia y al procedimiento para pedir la nulidad de la misma, siendo en el primero en el que se regulaba de modo completo la ejecución. El régimen de la Nueva Recopilación es comentado por HEVIA BOLAÑOS (*Curia Philipica*; t. I, Casa de Juan García, Madrid, 1747 (primera impresión en Madrid de 1606, hay otra anterior en Lima de 1603). Vid. MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *El proceso de ejecución*, cit., pág. 40).

<sup>372</sup> La LEC de 1855 en su Libro II (jurisdicción contenciosa) dedicaba el Título XVIII («de la ejecución de las sentencias», arts. 891 a 921) a regular la ejecución de sentencia judicial y el Título XX («de las ejecuciones», arts. 941 a 1009) a regular el «juicio ejecutivo», el «procedimiento de apremio», las «tercerías» y «la segunda instancia». A estos tres últimos conjuntos normativos había que acudir también, por remisión, para la ejecución de condenas dinerarias. La LEC de 1881 regulaba en el libro II (jurisdicción contenciosa) el juicio ejecutivo en un Título autónomo (Título XV) bajo el apartado «del juicio ejecutivo». La ejecución de sentencia se seguía regulando en un título propio (Título VIII, libro II, «de la ejecución de sentencias») completaba su régimen por remisión a determinadas secciones (apremio y embargo y tercerías) del Título XV regulador del juicio ejecutivo.

<sup>373</sup> Usando para el juicio ejecutivo terminología en parte propia de un proceso de declaración (citación, sentencia) y en parte de uno de ejecución (remate, «mandando seguir la ejecución adelante»).

del juicio ejecutivo en España y a la que no se imputaba confusión alguna<sup>374</sup>) la ejecución de sentencias tenía un régimen propio de causas de oposición, tanto por razones de fondo como de forma. Pero un sector de la corriente doctrinal que venimos exponiendo (defensora de la diferente naturaleza del juicio ejecutivo y la ejecución de sentencias) dio un paso más en la polarización conceptual de ambas instituciones<sup>375</sup>. En este sentido, los propios autores de la LEC de 1855, aun reconociendo el vínculo histórico entre ejecución y juicio ejecutivo (hasta el punto, como hemos señalado, de mantener ellos mismos en la ley la confusión entre ambas figuras mediante remisiones sistemáticas y una terminología confusa) y a pesar de la existencia en la regulación histórica de causas (limitadas) de contradicción en la primera, hicieron desaparecer del proceso de ejecución toda oposición por estimar que existiendo ya sentencia, la oposición daría lugar a unos trámites «inútiles, dispendiosos y lentos»<sup>376</sup>. Es decir, optaron ya por una ejecución sin conflictividad

---

<sup>374</sup> Sin perjuicio de antecedentes históricos, como las Partidas, donde la ejecución de sentencias (no así el juicio ejecutivo) se regulaba sin oposición (Partida III, Título XXVII «Como los juicios que son valederos deven ser cumplidos y quien los deve cumplir»).

<sup>375</sup> En la oficiosa exposición de motivos de la LEC de 1855, su autor, GÓMEZ DE LA SERNA afirmaba respecto al juicio ejecutivo que «su punto de partida puede decirse que es el que sirve de término al juicio declarativo, porque da por supuesto, lo que en este ha de ser objeto de contradicción, de discusión y de fallo [...] Mas como la suposición y la presunción de la ley por importancia que se les de, nunca pueden llegar a tener la fuerza de la verdad legal, no deben someterse a las mismas condiciones en su ejecución que la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada los documentos y actos que las leyes asimilan hasta cierto punto a la sentencia [...] Esta es la razón, porque la Comisión no creyó que debía incluir la sentencia ejecutoriada entre los títulos que traen aparejada ejecución; más sencillos son aun los trámites que señaló para su cumplimiento» (GÓMEZ DE LA SERNA, *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1957, pág. 176).

<sup>376</sup> «Para la ejecución de las sentencias adoptó la Comisión las reglas que estimó más sencillas, breves, seguras y eficaces, procurando evitar los dispendiosos y largos procedimientos a que daban lugar la oscuridad e incertidumbre de las leyes y la falta de una jurisprudencia general y uniforme» (GÓMEZ DE LA SERNA, *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1957, pág. 166). En este sentido, el comentarista de la LEC de 1855, VICENTE Y CARAVANTES, afirmaba que se quiso excluir la citación de remate al vencido en juicio y la admisión de la oposición de éste, «de manera que no se le permita alegación, ni se le oiga excepción alguna, teniendo que entablar, para ser oído acerca de ellas, otro nuevo juicio» aunque él sostenía, sin embargo, que si alegase las excepciones de pago, de falsedad o de prescripción de la ejecutoria debía ser oído (Vicente y Caravantes, José, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, t. III, Madrid, 1858, págs. 663 y 664). Según MONTERO AROCA «lo que se pretendió era, en síntesis, suprimir la citación de remate, la oposición a la ejecución y la sentencia de remate, de modo que cuando se ejecutara una sentencia no debía ser admisible oposición alguna del ejecutado»; y añade: «en lo que no hubo discusión, estando la doctrina perfectamente de acuerdo en que el juicio ejecutivo tenía naturaleza de proceso de ejecución» (VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado III*, cit., págs. 267 y sigs.; GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Tratado*, cit,

alguna y, por tanto, sin cognición, contradicción y declaración: ejecución«pura». Sobre la opción del legislador de 1855, se apoyó un sector de los autores que atribuía naturaleza declarativa sumaria al juicio ejecutivo<sup>377</sup>, para localizar en la posibilidad o no de oposición al fondo (y no en su amplitud), el criterio distintivo entre un proceso de ejecución y uno de declaración<sup>378</sup>. Con ello se culminaba la alienación de la ejecución como verdadero proceso, negándole la contradicción como algo que a su naturaleza «repugnaba».

Un segundo sector doctrinal, como hemos adelantado, aun atribuyendo carácter declarativo sumario al juicio ejecutivo (por el alcance de las causas de oposición admisibles, más no por el hecho mismo de existir posibilidad de oposición) no dudó

---

pero ahora 2.<sup>a</sup> ed., II, Madrid, 1856, págs. 377 y sigs.; HERNÁNDEZ DE LA RUA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, Madrid, 1856, págs. 145 y sigs.)» (Cfr. MONTERO AROCA, op. cit., págs. 47 y 49, respectivamente).

<sup>377</sup> Paradójicamente, no parecía ser esta, sin embargo, la conclusión de los autores de la LEC de 1855 para quienes la contradicción propia del juicio ejecutivo era insuficiente para considerarlo un verdadero proceso declarativo. En efecto, la exposición de motivos de la LEC negaba al juicio ejecutivo el valor de verdadero proceso: «La Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio desechando la nomenclatura antigua, dio la denominación de Procedimiento ejecutivo a lo que nuestras leyes y la práctica venían dando el nombre de Juicio ejecutivo. La Comisión no desconocía los motivos que pudieron aconsejar esta variación: la palabra Juicio parece hasta cierto punto que debe reservarse para las contiendas entre partes, que previa una discusión solemne y amplia han de ser decididas por la autoridad judicial de una manera inalterable. Sin embargo, no es esta en rigor la acepción rigurosa de la palabra: basta que haya, ó que pueda haber contradicción á una demanda, y que el juez sea llamado á oír, á presidir la discusión mas ó menos circunscrita de los interesados, y á decidir para que se dé el nombre de juicio a los procedimientos que al efecto se siguen ante los juzgados y tribunales. En este sentido, no ha habido inconveniente en dar el nombre de juicio á los interdictos, y á los procedimientos para el desahucio y para el retracto. Necesario es sin embargo, confesar que en todos aquellos casos en que el deudor no forma oposición, pero en que sin embargo, por falta de pago hay necesidad de proceder á hacer efectiva su responsabilidad con los bienes que tiene, no hay verdadero juicio, y sí solo una serie de procedimientos enderezados á que tenga cumplimiento la obligación que aparece como indudable [...]: por esto sin duda nuestros jurisconsultos no han dado nunca el nombre de pleito al juicio ejecutivo [...] no pareció, sin embargo, esta consideración bastante para alterar un nombre que, además de estar consagrado por las leyes y por el uso, tenía una acepción fija y generalmente reconocida hasta por los más ajenos a las prácticas del foro» (Gómez de la Serna, op. cit., pág. 176).

<sup>378</sup> Expresan perfectamente esta polarización las palabras de SERRA: «el verdadero problema estriba en la posibilidad de que se inserte o no un incidente de cognición en el proceso de ejecución. Si se responde negativamente debe negarse el carácter de proceso de ejecución a todo procedimiento en que se prevea una cognición incidental, por limitada que sea. Si se responde afirmativamente, es forzoso reconocer que tanto el juicio ejecutivo como el proceso del art. 41 de la Ley Hipotecaria son verdaderos procesos de ejecución [...] Si la oposición es admitida incluso en lo que respecta a la ejecución de sentencias con mayor razón debe admitirse en la ejecución de títulos extrajurisdiccionales» (Serra Domínguez, op. cit., pág. 150).

nunca de que la oposición fuera también algo natural y propio de la ejecución de sentencias (aunque con un alcance mucho más limitado por exigencias derivadas de la efectividad de la sentencia dictada en el proceso precedente). Este segundo sector doctrinal, a la vista de las normas de la LEC de 1881, llegó a postular, *de lege ferenda* (e incluso *de lege data*, por vía interpretativa), la posibilidad de oposición a la ejecución forzosa de sentencias, con mayor o menor extensión según su concepto del juicio ejecutivo<sup>379</sup>.

Todavía un tercer sector doctrinal consideró la contradicción tan natural a la ejecución que clasificó el juicio ejecutivo como un verdadero proceso de ejecución<sup>380</sup>. Para estos autores un proceso de ejecución se identifica, por una parte, a partir de sus presupuestos y función específicos y, por otra parte, a partir de su estructura. La función del proceso de ejecución consiste en aplicar el derecho (y satisfacer los derechos subjetivos e intereses que éste ampara) en sustitución del

---

<sup>379</sup> PRIETO-CASTRO señalaba al respecto que «la doctrina y la jurisprudencia han construido, supliendo la laguna legal, un sistema de defensas del demandado-ejecutado cuando media una ejecución indebida, principalmente la demanda de oposición a la ejecución [...] Es indudable que con arreglo al art. 488 de la Ley de Enjuiciamiento civil [1881] estas oposiciones del ejecutado pueden llevarse a un juicio independiente, pero entonces estamos ya fuera de la ejecución, y de lo que se trata es de que, dentro de ella, esos medios de impugnación puedan actuarse en forma de incidente capaz de suspender la ejecución [...] haciendo menos formalista y más justa la ejecución» (Prieto-Castro Ferrándiz, Leonardo, «Correcciones al Derecho sobre ejecución forzosa de la Ley de Enjuiciamiento civil», RGLJ, segunda época, t. XXIII, núm. 5 (1952), pág. 524 y 525; cfr. *Derecho Procesal Civil*, II, Zaragoza, 1948, págs 513 y 154); HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal I*, Madrid, 1951 (3.ª ed.) Aunque, como destacan MONTERO y FLORS (*El proceso de ejecución*, cit., pág. 51 nota 44), fue muy escaso el esfuerzo dedicado por la doctrina a la construcción doctrinal de esta oposición.

<sup>380</sup> Se sitúan en esta corriente FENECH NAVARRO, Miguel, «Los procesos sumarios de ejecución», en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962, 407 y sigs., 501; CARRERAS LLANSANA, Jorge, *El embargo de bienes*, Barcelona, 1957, págs 72 y sigs.; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Juicio ejecutivo», voz en NEJ, Seix (y en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, pág. 530 y sigs.); GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «Aspectos históricos y dogmáticos del juicio ejecutivo y del proceso monitorio en España», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núms. 2-3, 1972, págs. 545 a 580; también en, Gutiérrez de Cabiedes, Eduardo, *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1974, págs. 411 a 458; PÉREZ GORDO, Alfonso, «Reflexiones retrospectivas en torno a la naturaleza jurídica del juicio ejecutivo», *Revista General de Derecho*, 1974, núms. 355, 356 y 357 en págs. 306 a 314, 418 a 428 y 532 a 541 respectivamente; ESTEPA MORIANA, Vidal «El juicio ejecutivo como proceso de ejecución en el derecho histórico español», *RDPr Iberoamericana*, 1977, págs. 87 a 101. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel, *El proceso de ejecución*, s.e. (Imprenta Romagraf), Barcelona), 1982, págs. 28 a 38; del mismo autor *La ejecución forzosa y las medidas cautelares (en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil)*, Iurgium, Madrid, 2001, págs. 43 a 53 y 468 a 470); RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, II, Barcelona, 1990, págs. 1000 y sigs. MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *Tratado del proceso de ejecución civil*, 2 tomos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 37 a 84.



deudor y mediante inmisión del tribunal en su esfera jurídica, partiendo, como presupuesto específico, de la pretensión de veracidad derivada de un título. En cuanto a la estructura que sirve a la función expuesta, el proceso de ejecución se caracteriza por resolver sobre la satisfacción debida *inaudita parte debitoris* al abrigo de la presunción derivada del título; permitiendo el surgimiento de la contradicción sólo a posteriori y de modo reactivo (oposición). La posibilidad de contradicción, para estos autores, no interfiere en la consideración o no de un proceso como proceso de ejecución siempre que tal proceso esté construido para responder a pretensiones de satisfacción ejecutiva (por sustitución), que tales pretensiones estén amparadas en la certeza derivada de un título ejecutivo y que la oposición, de ser admitida, se manifieste sólo de modo reactivo o incidental (de tal forma que la resolución que desestima la oposición formulada suponga sólo «seguir la ejecución adelante»). El juicio ejecutivo era, desde esta perspectiva, un proceso de ejecución. Lo que distinguía el juicio ejecutivo histórico del proceso de ejecución era el número de causas de oposición (al fondo) admisibles. La admisibilidad de un número mayor o menor de causas de oposición dependía de las características del título, fundamentalmente, de que su formación se hubiera producido o no mediante la intervención judicial a través de un proceso (o de un árbitro mediante un procedimiento arbitral), pues esta circunstancia determinaba, a su vez, la mayor o menor amplitud que era posible otorgar a la presunción de existencia, vigencia y eficacia de la acción ejecutiva. Para esta corriente doctrinal el problema conceptual subyacente a la distinción entre juicio ejecutivo y proceso de ejecución fue originado en nuestro Derecho histórico precisamente por la LEC de 1855<sup>381</sup>, no por cuanto hacía compartir a ambos procesos un régimen común (al menos en algunos

---

<sup>381</sup>CARRERAS afirma que «la posibilidad de un declarativo de oposición a la ejecución e inserto en ella, no repugna a la esencia de la ejecución. En la ejecución fundada en una sentencia declarativa cabe, también, que se produzcan incidentes que deban ser sustanciados por los trámites de un proceso declarativo contradictorio; si se quiere seguir la ejecución específica prevista en el artículo 926 respecto de los inmuebles, y el objeto se halla en el patrimonio de un tercero, cabe que éste se oponga a la ejecución alegando que, de actuarse la sanción, resultaría condenado sin ser oído y vencido en juicio (sentencias del TS de 18 de febrero de 1901, 10 de junio de 1914, 5 de mayo de 1917 entre otras); y si el condenado a pagar una cantidad, hace efectiva esta particularmente y obtiene un recibo del acreedor, es perfectamente lícito que, si luego se intenta ejecutar la sentencia y se despacha la ejecución, se oponga el ejecutado de modo contradictorio alegando la impropriadamente llamada excepción de pago» (Carreras Llansana, Jorge, *El embargo de bienes*, Bosch, Barcelona, 1957, págs. 74 y 75).

aspectos), sino todo lo contrario: porque separó indebidamente (sistemáticamente y en algunos aspectos de su regulación concreta), procesos de naturaleza similar con diferencias accidentales.

El proceso de ejecución se configuró históricamente dotado de posibilidades de contradicción pues la contradicción formaba ya parte esencial de la concepción de la ejecución forzosa desarrollada por el Derecho común, atribuyéndole las características de un verdadero proceso. Puede comprobarse lo afirmado tanto en la exposición teórica del proceso de ejecución realizada por los glosadores, contando con modelos justinianos y germánicos,<sup>382</sup> como

---

<sup>382</sup> RASI considera que la construcción del proceso de ejecución pudo ser obra de los glosadores (Accursio, Azzo, Baldo...), quienes al comentar los textos justinianos se debieron encontrar con que la sentencia de condena era declarativa pero no ejecutiva, por lo que el actor debía acudir todavía a la *actio iudicati*, que era un nuevo juicio declarativo; los juristas vaciaron de contenido el proceso a que daba lugar al *actio iudicati* y la transformaron en una *actio in factum* no necesitada de *litis contestatio*, sustituyendo el *libellus* por una simple petición al juez que había dictado la sentencia el cual tras un somero examen emitía un *decretum* o *litera* asignando al acreedor un *executor* que lo representara durante la ejecución. El deudor tendría así todas las garantías de una ejecución legal con posibilidad durante y después de la ejecución de hacer valer cuantos derechos considerase lesionados (Rasi, Piero, «Esecuzione forzata. Diritto Intermedio», voz en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XV (Entr-Esto), Guiuffrè, 1966, págs. 431 a 448); vid. CARBALLO PIÑEIRO, Laura, «Aspectos históricos de la ejecución de condenas no dinerarias (2.ª parte): del periodo visigodo a nuestros días», *Dereito*, núm. 1 (2003), vol. 12, págs. 7 a 36; también TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, *Las condenas no pecuniarias*, Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, Palma de Mallorca, 1982, págs. 56 a 67. La ejecución derivada de una simple petición al juez y sin desarrollo de un juicio declarativo era ya realidad en el siglo V; así lo recoge el Edicto de Teodorico. Para LIEBMAN el mecanismo de contradicción se impuso en la práctica como resultado de la influencia de los sistemas germánicos cuyos procesos de ejecución originan contradicción en caso de oposición del deudor, lo que está, asimismo, en el origen del juicio ejecutivo (Liebman, *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, Roma, 1936). Según LIEBMAN, el demandado en el periodo justiniano podía con la *actio iudicati* (al margen de las nulidades para las que había mecanismos de impugnación específicos) oponer razones de fondo relativas a la inexistencia o extinción del derecho del acreedor pues durante el *tempus iudicati* la *obligatio iudicati* podría haber sido satisfecha o haberse extinguido de cualquier otro modo; cita en apoyo de esta postura Constituciones de Caracalla, Diocleziano y Alessandro; pero, una vez rechazadas estas excepciones considera este autor que no se dictaba una nueva sentencia (que, con un nuevo *tempus iudicati* hubiera vuelto el derecho del actor nuevamente incierto) sino que, dado el carácter público adquirido por el proceso (ya dirigido de principio a fin por el juez de naturaleza pública) y dada la desaparición de la *condemnatio pecuniaria*, del deber de prestar caución y aun de la condena *in duplum*, sería posible que el juez ordenase la ejecución; señala que por ello en la Compilación justiniana no se habla nunca de condena como resultado de la *actio iudicati* y cita en su apoyo una Constitución del mismo Justiniano regulando la ejecución contra el contumaz (Liebman, Enrico Tullio, «L'actio iudicati nel processo giustiniano», en *Studi in onore di Pietro Bonfante*, vol. III, Milano, Fratelli Treves Editori, 1930). DE GREGORIO ROCASOLANO considera que el juicio ejecutivo en el Derecho histórico aragonés surgió de los sistemas germánicos (vid. DE GREGORIO ROCASOLANO Y TURMO, Carlos, «El juicio sumario ejecutivo en los fueros y observancias del Reino de Aragón», en *Anuario de Derecho Aragonés*, 1946, págs. 156 a 221); PÉREZ GORDO también considera

en la exposición de su realidad práctica por los juristas italianos a partir del siglo XIV<sup>383</sup>. Así se refleja, precisamente, en el Libro VI del Ordenamiento dado por Enrique III a Sevilla en 1360 al regular la oposición a la ejecución de sentencia en términos bastantes amplios (excepciones de quita, pago y avenencia)<sup>384</sup>. FAIRÉN GUILLÉN, aun sosteniendo la naturaleza declarativa sumaria del juicio ejecutivo, admite que este resultado es producto de una evolución a partir de una original asimilación al proceso de ejecución de sentencia de condena y que el motor de dicha evolución fue, precisamente, la huida de dicho proceso de ejecución en cuanto estaba construido a partir de la *actio iudicati* romana (ya evolucionada como *actio in factum*) y, por tanto, con defensa en forma y múltiples excepciones<sup>385</sup>.

---

factible esta tesis (Pérez Gordo, Alfonso, «Contribución al estudio de la historia del juicio ejecutivo», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, págs. 165 a 185).

<sup>383</sup> Siguiendo a RASI, quien expone el mecanismo que reflejan las obras de autores como el cardenal DE LUCA (*Theatrum Veritatis et Iustitiae*, Venetiis, 1716, XV, I, de *iudiciis*, disc. 40, de *executione rei iudicatae*), fundamentalmente, pero también de otros autores como Antonius Faber, Ferro, Richerus, De Afflictis, Foramiti... (Vid. RASI, Piero, «Esecuzione forzata (dir. Interm.)», cit., págs. 431 a 448); En este proceso no se exigía *litiscontestatio* ni un *libellus (instantia)*, bastando una petición a la que seguiría el *mandatum* o *decretum* (pero debe notarse que también la *litiscontestatio* habría de desaparecer para los procesos declarativos sin afectar por ello al contradictorio). Por sus causas, la oposición podía referirse a una irregularidad esencial determinante de nulidad de la propia ejecución (como la falta de competencia o la irregularidad del título) o de la actividad ejecutiva (como la falta de observancia de lo dispuesto por el juez en el *mandatum* o *decretum*, que se hubiera actuado pendiente la apelación o la ejecución realizada en domingo, o de modo violento —*executio iniuriosa*—). También la ejecución era nula si se afectaban bienes de tercero o se incurría en *laesio enormis* en la subasta. Existe asimismo una oposición no determinante de nulidad (*compatibile*) que puede ser de dos tipos: la denominada oposición *che non feriunt exequutionis impedimentum in genere, sed solum in modo, sive in qualitate* (por ejemplo, cuando la ejecución recae sobre bienes que no son objeto del litigio o cuando se sigue una modalidad de ejecución indebida) y la denominada oposición *modificativae* cuando motivos extrínsecos a la cosa juzgada impiden la ejecución como, por ejemplo, si se pierde la legitimación activa de modo sobrevenido o si se efectúa el pago. Por sus efectos, distingue la oposición *contradictoriae* que persigue la finalización del juicio y la *impugnativae*, que sólo pretende su retroacción. También se admitía la oposición de tercero con la denominación de *cautela Angeli* (por Angelus Perusinus, el jurista al que se atribuía la creación de la figura).

<sup>384</sup> FAIRÉN afirma que «el procedimiento podía pues, tornarse contradictorio, recordando al de la *actio iudicati* romana» y resalta que fue la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 la que «suprimió la posibilidad de contradicción por parte del vencido en la ejecución forzosa de sentencias» (Fairén Guillén, Víctor, «Un nuevo descubrimiento sobre la historia del juicio ejecutivo en España: El Ordenamiento procesal sevillano de 1360», en *Revista de Derecho Procesal*, año VI, núm. 2 (1950), págs. 337 y 338).

<sup>385</sup> FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Sobre la historia del juicio sumario ejecutivo en Valencia (La ordinació del rey don Martín de 1403)*, Universidad de Valencia, Valencia, 2004, págs. 38 y 39.

La LEC de 2000 parece adscribirse a la última de las corrientes expuestas. Regula la oposición a la ejecución de sentencia<sup>386</sup>, admitiendo con naturalidad la contradicción como un mecanismo al servicio de la cognición y de la acertada resolución de cuestiones litigiosas surgidas en el seno de este proceso. Por lo que respecta al antiguo juicio ejecutivo, la LEC ha optado por regularlo como una modalidad de proceso de ejecución a pesar de la amplitud de las causas de oposición en él admitidas, con lo que la conflictividad, contradicción y, en definitiva, la cognición como parte integrante de la ejecución quedan reforzadas. Por tanto, a la ejecución forzosa, como categoría única, se puede acceder con fundamento en una sentencia (y otros títulos ejecutivos que a ella se asimilan o aproximan como los laudos arbitrales y diversas resoluciones procesales) o al amparo de aquellos títulos que habían venido originando el juicio ejecutivo, admitiéndose, en ambos casos, un trámite de oposición, si bien más restringido en

---

<sup>386</sup> La EM de la LEC 1/2000 afirma: «absoluta novedad, en esta materia, es el establecimiento de un régimen de posible oposición a la ejecución de sentencias y títulos judiciales. Como es sabido, la Ley de 1881 guardaba completo silencio acerca de la oposición a la ejecución de sentencias, generando una indeseable situación de incertidumbre sobre su misma procedencia, así como sobre las causas de oposición admisibles y sobre la tramitación del incidente» (EM, XVII, párrafo V). Debemos a DE LA OLIVA la exposición detallada de la génesis legislativa del alcance otorgado finalmente a la oposición a la ejecución de sentencia en la LEC de 2000. Puede comprobarse que algunas propuestas iniciales aspiraban a una mayor amplitud a la finalmente acogida: «al comienzo del complejo proceso de elaboración de la LEC (en concreto en la elaboración del Borrador de Anteproyecto) se propuso una fórmula de “oposición de fondo a la ejecución”, única, cualesquiera que fuesen los títulos ejecutivos (por tanto, también si se trataba de ejecutar sentencias o laudos), en los siguientes términos: “el ejecutado podrá formular oposición de fondo a la ejecución despachada si se entiende que el derecho que aparece documentado en el título ejecutivo es nulo, o no llegó a existir o se ha extinguido con posterioridad, o existe algún contraderecho que enerve temporal o definitivamente el derecho a la ejecución”. Por entenderse que, de un lado, esta fórmula resultaba amplísima y sumamente problemática y que, por otro lado, era conveniente no equiparar la ejecución de títulos judiciales y la ejecución despachada por títulos extrajudiciales o contractuales, el mismo autor de la transcrita propuesta ofreció otra, en la que con carácter general, reaparecía, literalmente, la ya transcrita, se añadía “que el título ejecutivo no contiene pronunciamientos de condena” y se condicionaba la admisibilidad de la oposición, cuando el título fuese ejecutivo judicial, en los siguientes términos: “1. Si la causa o causas de impugnación en que la oposición se funda han surgido con posterioridad a la última oportunidad procesal que las partes hubieran tenido para hacer, válidamente, alegaciones en aquel proceso en que se formó el título ejecutivo judicial que sirve de base al despacho de ejecución” y “2. Si la razón o causa en que el ejecutado funda la oposición no pudo, o no puede, hacerse valer por medio de otros cauces procesales específicos”» (De la Oliva Santos, Andrés en AA. VV., *Derecho Procesal civil. Ejecución Forzosa...*, 2000, cit., pág. 47, nota 31).

sus causas cuando se trate de la ejecución de sentencia, laudos y otros títulos generados con intervención judicial o arbitral<sup>387</sup>.

Pese a todo lo expuesto hasta el momento, hay autores que, aun admitiendo la posibilidad de contradicción en sede de ejecución de sentencias continúan sosteniendo su «naturaleza jurisdiccional por conexión»<sup>388</sup>; entienden estos autores que es una opción legítima del legislador someter la ejecución a un régimen de oposición, pero consideran que esta posibilidad es accesorio o ajena a su finalidad propia y principal que no es otra que dotar de eficacia al título ejecutivo. Esta conclusión restaría relevancia dogmática a la polémica que acabamos de exponer: la oposición, exista o no y aun sin «repugnar» a la ejecución, es siempre accidental a su naturaleza; no esencial a la misma.

En nuestra opinión, no deja de tener una parte de razón esta última postura, pero no porque la contradicción (como instrumento de la cognición del tribunal y ésta, a su vez, necesaria para resolver la conflictividad o litigiosidad que acompaña a toda aplicación del derecho) no sea consustancial al proceso de ejecución como expresión de la jurisdicción (de hecho, es consustancial a toda manifestación de la jurisdicción), sino porque la contradicción (y cognición) que surge precisamente con motivo de la oposición a la ejecución ni es la única posible en el proceso de ejecución ni es quizá la verdaderamente inherente a este proceso.

En efecto, la oposición a la ejecución pretende poner fin a la misma al suprimir el fundamento material en que se asienta: la vigencia y eficacia de la

---

<sup>387</sup> Restricción reforzada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

<sup>388</sup> Vid. PÉREZ GORDO, Alfonso, «Reflexiones retrospectivas en torno a la naturaleza jurídica del juicio ejecutivo», *Revista General de Derecho*, 1974, núm. 356, págs. 418 a 428; SERRA DOMÍNGUEZ, «Juicio ejecutivo», voz en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. VIII, Seix, Barcelona, 1956 (también en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, págs. 530 y sigs.). En un sentido parecido, RAMOS MÉNDEZ, quien, sin cuestionar que el juicio ejecutivo sea un proceso de ejecución y sin sostener que la contradicción sea contraria a la esencia de la ejecución forzosa de sentencias, afirma que la uniformidad que la LEC de 2000 introduce en el tratamiento procesal de la ejecución de sentencias y títulos ejecutivos «ha agigantado procesalmente lo que puede ser una mera etapa o continuación del juicio llamado declarativo [...] han llevado a revestir la ejecución de una parafernalia procesal, que todos hubiéramos agradecido ahorrar y que, en parte, es posible ahorrar». (Ramos Méndez, Francisco, *Enjuiciamiento Civil*, Atelier, Barcelona, 2008, pág. 121).

acción ejecutiva, dando así al traste con la presunción que amparaba el título; somete a contradicción, por tanto, un conflicto en cierto modo «externo» a la propia actividad de ejecución, y «previo» a ella: basado en circunstancias anteriores al inicio del propio proceso. Cabría concebir una presunción de vigencia y eficacia de la acción ejecutiva que enervase, con su intensidad, esta posibilidad de oposición y la actividad subsistente seguiría siendo un proceso de ejecución forzosa (como actualmente ocurre si el demandado no formula oposición). Pero junto a la forma de conflicto que pone de relieve la oposición, existen en el proceso de ejecución otras cuestiones litigiosas que sí son intrínsecas, y consustanciales a la actividad de ejecución y, por tanto, son irrenunciables. Son las cuestiones litigiosas relativas a la concurrencia de los presupuestos procesales (incluida la regularidad formal del título) y las relativas al alcance de la actividad ejecutiva sobre la esfera jurídica del ejecutado. Depende esta segunda fuente de conflictividad de la propia propia dinámica de la actividad ejecutiva. Es ésta la conflictividad que el tribunal debe afrontar cada vez que selecciona el ámbito la esfera jurídica del deudor que debe ceder ante la ejecución, el grado y medida en que debe hacerlo y los medios y actividades procesales necesarias para ello; y dicha tarea cognitiva es ineludible para llevar «el derecho a los hechos», lo afirmado en el título a una efectiva satisfacción del acreedor, sin desbordar en estas determinaciones ni el título ejecutivo ni los derechos fundamentales del deudor a través del principio de proporcionalidad. Aunque el legislador pudiera llegar a suprimir las causas de oposición de fondo a la ejecución otorgando una extraordinaria fuerza a la presunción derivada del título ejecutivo, no podría, en ningún caso (sin eliminar la naturaleza jurisdiccional de la ejecución), privar al tribunal de la potestad de resolver (inicialmente *inaudita parte debitoris*, más luego previa audiencia contradictoria al conocer de la oposición o los recursos oportunos) bien sobre los presupuestos que fundamentan el despacho de ejecución y, en particular, la regularidad formal del título (base de la presunción legal correspondiente), bien sobre el alcance de la ejecución despachada, delimitando la esfera jurídica sobre la que se actúa la responsabilidad, sea directa y expresamente (orden general de ejecución), sea de modo indirecto a

través de la selección o implementación de los medios de ejecución específicos necesario para ello (decretos de concreción de medidas ejecutivas).

#### **4. Tendencias legislativas favorables a una ejecución forzosa no jurisdiccional**

A pesar de la opción del legislador de 2000 en favor de la ejecución como proceso en el que deben regir las adecuadas garantías de realización acertada del Derecho, algunas de las reformas legislativas que han afectado a la LOPJ y a la LEC expresan, en nuestra opinión, una tendencia que amenaza las garantías procesales antes mencionadas. Nos limitaremos en este apartado a señalar las líneas generales de tales reformas que amenazan las garantías propias del proceso de ejecución, sin perjuicio de que en apartados posteriores profundicemos en los aspectos particulares relativos al lanzamiento.

##### *4.1. Desjudicialización de la ejecución*

###### *4.1.1. Las funciones de la oficina judicial.*

La tendencia legislativa a fortalecer la organización administrativa en la que se integra el personal no jurisdicente de los tribunales y juzgados (la denominada, en referencia de conjunto que anuncia su desvinculación del tribunal singular y concreto y su administrativización, «oficina judicial»), con el correlativo debilitamiento de su vínculo respecto al juez, puede suscitar objeciones de desjudicialización<sup>389</sup>. En primer lugar, la relación de los funcionarios del juzgado con el titular del órgano jurisdiccional se diluye al

---

<sup>389</sup> Como afirma GARRIDO CARRILLO «De una situación en la que los jueces y magistrados eran los titulares del órgano judicial y, por consiguiente, directores de la “Secretaría” u oficina judicial puesta a su servicio, se ha pasado a convertirles en meros espectadores de las oficinas judiciales. Con la excusa de la modernización de la oficina judicial, se ha dificultado —si no privado— a los Magistrados y Jueces de toda actividad, no ya de control sobre ella, sino de mera participación en su organización.[...] la independencia que requiere el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, puede así quedar comprometida si esa independencia no se proyecta también en la tramitación de los procedimientos, en la que influye considerablemente la organización de la oficina judicial. Como vemos se ha establecido una organización paralela al ejercicio de las funciones jurisdiccionales, teóricamente puesta a su servicio, pero sólo tangencialmente, sin puntos realmente concluyentes» (Garrido Carrillo, Francisco Javier, *La Oficina Judicial. Análisis de su nuevo diseño*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, pág. 95).

integrarse dichos funcionarios en unidades ajenas al tribunal como los servicios comunes procesales<sup>390</sup> —entre ellos los de ejecución—, o compartidas por varios tribunales (las unidades procesales de apoyo directo adscritas a más de un tribunal)<sup>391</sup>. En segundo lugar, se establece un fuerte vínculo orgánico entre los funcionarios del juzgado y el poder ejecutivo estatal o autonómico que va más allá de meras cuestiones estatutarias de personal y alcanza aspectos organizativos y de funcionamiento que se entrecruzan con la ordenación del proceso, fundamentalmente a través del papel desarrollado por el secretario judicial en el curso del proceso (arts. 436.3, 438.3, 452.1, 463, 465.8 y 457 LOPJ)<sup>392</sup>. Por sí misma, la mencionada configuración de la oficina judicial no implica un déficit de garantías. Nada hay que objetar a la citada tendencia en cuanto pueda ser maximizadora de los recursos de que dispone la Administración

---

<sup>390</sup> Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre (BOE de 26 de diciembre de 2003), de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Esta Ley reforma el Libro V de la LOPJ regulando (título primero, capítulo primero) la oficina judicial y, como parte de la misma las unidades procesales de apoyo directo y los servicios comunes procesales (arts. 436 y 438).

<sup>391</sup> Según el art. 436.5 LOPJ «Las unidades que componen la Oficina Judicial podrán desempeñar sus funciones al servicio de órganos de una misma jurisdicción, de varias jurisdicciones o a órganos especializados».

<sup>392</sup> Art. 436.3 LOPJ: «El diseño de la Oficina judicial será flexible. Su dimensión y organización se determinarán por la Administración pública competente, en función de la actividad que en la misma se desarrolle»; art. 438.3 LOPJ: «El Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas en sus respectivos territorios serán competentes para el diseño, creación y organización de los servicios comunes procesales...»; art. 438.6 LOPJ: «El Secretario Judicial que dirija un Servicio Común procesal deberá hacer cumplir, en el ámbito que le es propio, las órdenes y circulares que reciba de sus superiores...»; art. 439.4 LOPJ: «Los funcionarios que presten sus servicios en las Oficinas judiciales, a excepción de los Secretarios Judiciales, sin perjuicio de su dependencia funcional, dependen orgánicamente del Ministerio de Justicia o de las Comunidades Autónomas con competencias asumidas en sus respectivos ámbitos»; art. 452.1 LOPJ: «Los Secretarios Judiciales desempeñarán sus funciones con sujeción al principio de legalidad e imparcialidad en todo caso, al de autonomía e independencia en el ejercicio de la fe pública judicial, así como al de unidad de actuación y dependencia jerárquica en todas las demás que les encomienden esta ley y las normas de procedimiento respectivo, así como su reglamento orgánico...»; art. 463 LOPJ: «1. Bajo la superior dependencia del Ministerio de Justicia el Cuerpo de Secretarios Judiciales se ordenará jerárquicamente en la forma que se determine en las relaciones de puestos de trabajo. [...] 2. Los órganos superiores son: a) El Secretario de Gobierno. b) El Secretario Coordinador Provincial. 3. Cuando en un servicio común procesal prestaren servicio varios Secretarios Judiciales, la relación de puestos de trabajo determinará su dependencia jerárquica y funcional. [...]»; según art. 465.8 LOPJ los Secretarios de Gobierno podrán «Cursar circulares e instrucciones de servicio a los Secretarios judiciales de su territorio, así como velar por el correcto cumplimiento de las que, a su vez, dirija el Ministerio de Justicia...»; y según el art. 457 LOPJ «Los Secretarios Judiciales dirigirán en el aspecto técnico-procesal al personal integrante de la Oficina judicial, ordenando su actividad e impartiendo las órdenes e instrucciones que estime pertinentes en el ejercicio de esta función».



de justicia y favorecer, por consiguiente, las garantías procesales. En efecto, la posibilidad de especialización del personal y de la dotación de medios en los Servicios Comunes así como la estandarización de técnicas y métodos de trabajo en el conjunto de las unidades procesales puede representar una garantía adicional para las partes derivada de su mejor capacitación para realizar no sólo con celeridad y eficacia, sino también con acierto y ponderación determinadas actuaciones materiales.

La restricción de garantías puede provenir sin embargo, de la burocratización de estos órganos y de la automatización de su funcionamiento (con el argumento de la tecnificación y profesionalización) persiguiendo una eficacia meramente cuantitativa o estadística bajo la dirección del poder ejecutivo y en respuesta a políticas cambiantes (por muy legítimas que éstas sean)<sup>393</sup>. Esta tendencia puede suponer un peligro para la realización justa del derecho (que es realización eficaz pero también acertada) propia de la jurisdicción, cuya consecución se ha encomendado constitucionalmente a jueces dotados de imparcialidad, sometidos únicamente al imperio de la ley y ajenos a toda forma de jerarquía (art. 117.1 y 2; art. 127 CE).

Por esta razón, hay que comprobar hasta qué punto la actuación de la oficina judicial (sea a través de Unidades Procesales de Apoyo Directo, sea, más aun, a través de de Servicios Comunes Procesales) puede sustraerse al control y dirección (*a priori*) o, al menos, a la revisión (por vía de recurso), del titular del órgano jurisdiccional<sup>394</sup>.

En contra del mencionado control puede comprobarse la desaparición de la superior dirección a que se aludía el texto original de los artículos 473.2 y 484

---

<sup>393</sup> O, incluso, por la vía de la técnica (en particular, la informática) como «fuente del derecho por la vía de los hechos», como señala DOLADO PÉREZ, pues el propio funcionamiento formalizado y automatizado de las aplicaciones informáticas puede convertirse en un límite a la proporcionalidad de las medidas y su consiguiente adaptación a las circunstancias del caso, pues «no admiten modificaciones en la estructura básica de los documentos y en contadas ocasiones permite el texto libre. En definitiva, lo jurisdiccional y lo procesal están subordinados a lo informático» (Dolado Perez, Ángel, «Hacia una administración de justicia asimétrica», *Práctica de Tribunales*, núm. 83, junio 2011).

<sup>394</sup> Sobre el aspecto polémico de esta forma de control nos ocupamos en el apartado siguiente.

LOPJ<sup>395</sup>. Esta falta de «superior dirección» (que, a fin de cuentas, no puede ser nunca de carácter funcional para no transformar al juez en un jefe de unidad), puede verse compensada por otras formas más realistas de control sobre los actos específicos realizados por los funcionarios que intervienen en la actividad procesal o por los secretarios judiciales (arts. 436.5, 438.6, 452.2 y 465,8 LOPJ)<sup>396</sup>: de ellos y sus funciones en la actividad ejecutiva nos ocupamos a continuación.

#### 4.1.2. Las funciones de los secretarios judiciales

De la atribución a los secretarios judiciales de numerosas funciones en materia de ejecución forzosa, en particular en relación con la determinación de los medios ejecutivos, y de su repercusión en la esfera jurídica del demandado, se puede sospechar una desjudicialización de la actividad ejecutiva, de la pérdida de potestad por el titular del órgano jurisdiccional sobre tales decisiones. Las sospechas de desjudicialización se agravarían si se tiene en cuenta la mayor articulación de los secretarios judiciales con instancias del poder ejecutivo que se siguen del nuevo esquema orgánico introducido en la LOPJ por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial<sup>397</sup>. Debe destacarse que las competencias atribuidas a los secretarios

---

<sup>395</sup> Antes de la reforma de la LOPJ por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, el art. 473.2 LOPJ establecía que a los Secretarios judiciales «Les corresponde ostentar la jefatura directa del personal de la Secretaría de la que son titulares, sin perjuicio de la superior dirección de Jueces y Presidentes»; según el art. 484.4 LOPJ los oficiales, auxiliares y agentes en cada Secretaría judicial «[...] actuarán bajo la dependencia directa del Secretario quien responderá de su buen funcionamiento. El Juez o Presidente ostenta, sin embargo, la superior dirección».

<sup>396</sup> El art. 436.5 LOPJ establece que «Los Jueces y Magistrados, en las causas cuyo conocimiento tengan atribuido, podrán requerir en todo momento al funcionario responsable cuanta información consideren necesaria», el art. 438.6 LOPJ que «El Secretario Judicial que dirija un Servicio Común procesal [...]. En el ámbito jurisdiccional, responderán del estricto cumplimiento de cuantas actuaciones o decisiones adopten los Jueces o Tribunales en el ejercicio de sus competencias»

<sup>397</sup> En este sentido, la reforma aprobada por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, *de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial*, fue objeto (cuando se encontraba en fase de proyecto) de una severa crítica colectiva a través de la denominada *Declaración de profesores universitarios de Derecho procesal* (fecha el 8 de febrero de 2009 y firmada por más de 100 profesores de derecho procesal de más de 30 Universidades españolas, siendo sus primeros firmantes los profesores Andrés de la Oliva Santos, catedrático de la Universidad Complutense, y Juan Montero Aroca, catedrático de la Universidad de Valencia) que tenía como significativo subtítulo *Por la unidad y la independencia en la administración de la justicia y por las garantías procesales de los ciudadanos* (puede verse en *Economista&Jurist*, marzo 2009, núm. 28, págs. 42 y sigs.; también en *La nueva Oficina Judicial (Leyes 1/2007 y 13/2009)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010). En ella, los firmantes cuestionaban la subordinación de una parte de la tarea procesal a directrices ajenas al Poder Judicial con base en tres

judiciales en la ejecución no son meras resoluciones de trámite o preparatorias de otras ulteriores del juez sino de resoluciones que afectan por sí mismas a las relaciones jurídicas en que están inmersas las partes, sean procesales (la relación jurídica procesal) o materiales (afectando, incluso, a sus derechos fundamentales): sobre ambas debe ser posible el pronunciamiento jurisdiccional<sup>398</sup>.

---

argumentos: 1.º que los secretarios se encuadran en la órbita del Poder ejecutivo: «De aprobarse el proyecto, gran parte de la administración de la justicia estaría a cargo de los secretarios judiciales, que no serían “jueces” independientes, sino dependientes y jerarquizados»; pues estos secretarios son «funcionarios públicos que dependen del Ministerio de Justicia y que, salvo en el ejercicio de la fe pública judicial, desempeñan sus funciones con sujeción a los principios de “unidad de actuación y dependencia jerárquica” (art. 452.1 LOPJ), concretada en el Secretario de Gobierno y en el Secretario Coordinador Provincial (art. 463.2 LOPJ), amén del “Secretario General de la Administración de Justicia” (“nuevo órgano de dirección y coordinación”: Disposición Adicional 9.ª de la LO 19/2003) al que se subordinan todos los Secretarios y que depende del Ministro de Justicia. Por otra parte, el incremento de las funciones de los Secretarios Judiciales que pretende el Proyecto no va acompañado de suficientes mecanismos de control por los Jueces y Magistrados respecto del ejercicio de esas funciones»; 2.º que las tareas asumidas por los secretarios tienen trascendencia no sólo en las garantías procesales, pues «El Proyecto de ley pretende sustraer a los Jueces y Magistrados y confiar a los Secretarios Judiciales no sólo resoluciones con eficacia meramente procesal, sino también otras con importantes efectos jurídico-materiales, que trascienden el ámbito procesal» y 3.º que no se reserva al juez un poder de dirección o autoridad superior al consagrar: «la ausencia en cada Juzgado y tribunal de una autoridad que unifique las diversas actuaciones necesarias para aplicar el Derecho y responder a las demandas de tutela jurisdiccional efectiva» destacando que la Ley 19/2003 eliminó la «superior dirección de los Jueces y Presidentes» que establecía el art. 473.2 LOPJ tras confiar la jefatura directa de la oficina judicial a los Secretarios. La declaración califica la situación creada de «confusa bicefalia (en el mejor de los casos) y de responsabilidad difusa e inconcretable sobre lo que se hace y sobre lo que se omite por cada Juzgado y cada Tribunal» (*ibidem*).

<sup>398</sup> En la mencionada *Declaración profesores de Derecho procesal* se afirma que «el proyecto [ahora ley] no es conforme con la exclusiva atribución de la administración de la justicia a Jueces y Magistrados independientes y contradice lo establecido en la Constitución Española [...] Administrar Justicia o ejercer la potestad jurisdicción, son expresiones (apartados 1 y 3, respectivamente, del art. 117 de nuestra Constitución) relativas a una misma y única realidad, que corresponde sólo a los Jueces y Magistrados independientes [...] Administrar o ejercer la potestad jurisdiccional requiere e incluye, por la naturaleza de las cosas, constitucionalmente reconocida en el apartado 3 del artículo 117 CE, dirigir, de principio a fin, los procesos de todo tipo. Es convicción constante, unánime y universal de la doctrina jurídica que cualquier proceso constituye una elemental e insoslayable garantía del acierto de la sentencia o de la resolución equivalente, de modo que los jueces no pueden ser situados al final del recorrido procesal o verse ajenos a buena parte de sus incidencias, en las que se pone en juego la tutela jurisdiccional, confiada exclusivamente, insistimos, a los juzgadores independientes. De aprobarse el proyecto, gran parte de la administración de la justicia estaría a cargo de los Secretarios Judiciales, que no serían “jueces” independientes, sino dependientes y jerarquizados». Por lo que respecta a la ejecución, destaca esta crítica que «La ejecución procesal no puede encomendarse por entero ni primordialmente a quienes no sean Jueces y Magistrados [...] Porque para el inicio y el desarrollo de muchos procesos de ejecución han de dictarse no pocas resoluciones que requieren la autoridad y la potestad específicas sólo conferidas a los Jueces y Magistrados a que se refiere el apartado 1 del artículo 117 de la Constitución Española». En cuanto a la posibilidad de revisión por el Juez de las decisiones adoptadas por el Secretario durante la ejecución la declaración, afirma que «el incremento de las funciones de los Secretarios Judiciales que pretende el Proyecto no va

La piedra de toque de la pretendida desjudicialización debe ser la existencia o no de una vía de acceso del juez a la revisión de las decisiones adoptadas por el secretario judicial en las mencionadas cuestiones. Tal vía de acceso puede ser el recurso de revisión regulado en el art. 454 bis LEC, y al que se remiten, desde su sede sistemática en el proceso de ejecución, tanto el art. 551.5 como el art. 563 LEC. Cuando la resolución adoptada por el secretario judicial (en forma de decreto o diligencia de ordenación) se considere contradictoria con el título ejecutivo podrá recurrirse en revisión ante el juez encargado de la ejecución previa reposición de la resolución del secretario (art. 563 LEC)<sup>399</sup>. Cuando se considere que la adopción de medidas ejecutivas, sin apartarse del contenido del título, vulnera normas procesales o materiales puede recurrirse dicha resolución directamente por medio de recurso de revisión (art. 551.5 LEC).

Aunque el art. 551.5 sólo parece referirse al decreto dictado inmediatamente después de la orden general de ejecución, en nuestra opinión, la norma de recurso que contiene el art. 551.5 debe aplicarse analógicamente o mediante una interpretación extensiva de su supuesto de hecho para la impugnación de cualquier

---

acompañado de suficientes mecanismos de control por los Jueces y Magistrados respecto del ejercicio de esas funciones» y reitera: «Es singularmente rechazable que resoluciones dictadas en el proceso, pero con una eficacia jurídica que trasciende el proceso, no estén a cargo de los Jueces y Magistrados independientes».

<sup>399</sup> Existen voces críticas que consideran insuficiente esta forma de revisión; por ejemplo, SÁNCHEZ ÁLVAREZ afirma que «Su naturaleza resulta, [...], integralmente administrativa, [...] el conocimiento judicial para la realización de las intervenciones que se han expuesto supra deviene radicalmente no originario, sin partir de una resolución jurisdiccional —providencia, auto, sentencia—, sino de una resolución procesal —administrativizada— del Secretario judicial. Si esa resolución a revisar no nace de un Juez o Magistrado, ni en consecuencia se envuelve en un manto de jurisdiccionalidad en el privativo y excluyente sentido contrastable ex art. 117.1 CE, la naturaleza de este instrumento impugnatorio ha de participar ineludiblemente de tal rasgo no judicial, al margen de quién sea la autoridad que lo conozca para su solventamiento. Tal origen marca una indeleble impronta que el recurso directo de revisión portará consigo a lo largo de toda su existencia de manera inevitable y sistémica. De otro modo, se afirmará que nos colocamos ante un mecanismo de supervisión jurisdiccional de una decisión procesalmente administrativizada, exógena a la función jurisdiccional stricto sensu» (Sánchez Álvarez, Eduardo, «Problemas dimanantes de la reforma procesal de 2009: a propósito de los recursos contra las resoluciones de los Secretarios judiciales», *Actualidad Civil*, núm. 2, enero de 2011); de la misma opinión SÁNCHEZ-PEGO, para quien «nos hallamos ante una desjudicialización del proceso, lo que ha de ser objeto de análisis conclusivo sobre la constitucionalidad de la reforma procesal» (Sánchez-Pego, F. J.: «Reflexiones constitucionales sobre la reforma procesal de 2009», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 785, noviembre, 2009). No compartimos tales prevenciones. Estará en manos del juez ejercer su potestad de conocer y juzgar.

decretos que el secretario judicial pueda dictar con un contenido similar, es decir, decretos que determinen los medios de ejecución y, a través de ellos (de modo indirecto), concreten la esfera jurídica del demandado afectada por la responsabilidad. Tal interpretación extensiva o analógica es fácilmente defendible si tenemos en cuenta la razón de ser de la norma, que no es otra que permitir intervenir al titular del órgano jurisdiccional en la determinación, con plena vigencia del contradictorio, de las cuestiones litigiosas que puedan surgir al determinar el ámbito material de responsabilidad del deudor, garantizando así la tutela *judicial* efectiva prometida constitucionalmente. La aplicación propuesta se ve avalada, además, por la exigencia de jerarquía normativa: las leyes deben interpretarse de conformidad con la Constitución (arts. 9.1 y 53 CE y art. 5 LOPJ) y esta ordena que la justicia se administre por jueces y magistrados (art. 117.1 CE). El decreto de concreción de medidas ejecutivas recurrible ante el juez no es, por consiguiente, un decreto singular dictado en un determinado momento del proceso (el día siguiente a la orden general de ejecución) sino que comprende todos aquellos decretos que con la misma finalidad de concreción ejecutiva deba dictar el secretario en el curso de la ejecución. Con esta interpretación entendemos salvada la objeción de desjudicialización que pudiera plantear la atribución de funciones de ejecución forzosa a los secretarios judiciales<sup>400</sup>.

---

<sup>400</sup> Este es uno de los argumentos de la denominada «Declaración de profesionales jurídicos hacia una Administración de Justicia del siglo XXI, garantista, racional y eficiente para el ciudadano», fechada en el mes de abril de 2009 y firmada por numerosos profesores de Derecho procesal y de otras disciplinas, que pretendía responder a la declaración de profesores universitarios a la que hemos hecho referencia en nota anterior (vid. nota [397](#)). En ella se afirma que «El Proyecto de Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial mantiene un razonable control judicial final sobre la gran mayoría de competencias atribuidas a los secretarios judiciales (y debe recordarse que en nuestro derecho hay casos en los que, estando en juego derechos fundamentales de las personas, el juez no tiene la primera palabra sino sólo la última, la de control)» y más adelante se reitera esta idea al afirmar que «hacer ejecutar lo juzgado implica el empleo de la potestad coactiva del Estado y por ello tiene que haber un control judicial, pues el recurso al “imperium” estatal en este último nivel (lo que es radical diferencia con los apremios administrativos, que están sometidos siempre a una actividad judicial declarativa posterior) requiere de la presencia de una autoridad judicial» (apartados 5 y 8 de la declaración).

En contra, CARRERAS MARAÑA considera que determinadas funciones realizadas en ejecución, sobre todo la aprobación del remate y la imposición de multas coercitivas (pero también otras como la acumulación del proceso de ejecución o la suspensión del proceso de ejecución) «debe entenderse que son actuaciones judiciales que afectan a la función de juzgar y al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, por lo que debería realizarse su atribución a los Jueces y Tribunales como manifestación de la jurisdicción que en exclusiva les resulta atribuida en el orden constitucional.//Estas funciones son, en nuestra opinión, en el fondo y en la forma jurisdiccionales

Del mismo modo, si una resolución dictada por el secretario desbordase el ámbito del título ejecutivo (tal como fue interpretado por el juez en su orden general de ejecución) será procedente el recurso de revisión —previa reposición— (art. 563 LEC) cualquiera que sea el momento en que dicha resolución se dictó. Si mediante decreto del secretario se adoptase decisiones que hubiera correspondido adoptar al juez, este podrá, de oficio, anular el decreto y adoptar por sí mismo la resolución correspondiente<sup>401</sup>.

Una segunda sospecha de desjudicialización tras las reforma de la oficina judicial y la adaptación de la LEC a la misma proviene de la sumisión a jerarquía de los

---

y debían de seguir contando con una reserva jurisdiccional que no se salva [...] con la existencia de un posible recurso de revisión ante el Juez, que no es un medio universal del [sic. ¿de?] recurso como el de reposición» (CARRERAS MARAÑA, Juan Miguel, «De la ejecución: Disposiciones Generales», en AA. VV., *Enjuiciamiento Civil. Comentarios a las reformas procesales*, 2010, cit., págs. 903 a 905); el recurso de revisión, entiende este autor, «no es un recurso universal, ejercitable en todo caso y frente a todo tipo de resoluciones y para todas las resoluciones, sino que es un recurso limitado y restringido en los términos del art. 454 bis LEC» (*ibidem*, pág., 935). En el informe al anteproyecto de ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial el 29 de octubre de 2008, el Consejo considera que la mera previsión de un recurso de revisión ante el Juez no permite para conferir a los Secretarios el ejercicio de funciones jurisdiccionales que corresponden en exclusiva a los Jueces, pues tales funciones exclusivas han de ejercerlas los jueces directamente. También para PÉREZ DAUDÍ son insuficientes los recursos como forma de salvar la desjudicialización: «el legislador se ha excedido al otorgar funciones a la Oficina Judicial en el inicio, finalización del proceso (admisión de la demanda y finalización del proceso en forma distinta a sentencia) y la desnaturalización del proceso de ejecución al atribuir la competencia al Secretario Judicial (aunque debería indicarse el servicio común de ejecución de la oficina judicial) y limitar la intervención del Tribunal a la orden de su inicio y a la resolución de las oposiciones y los recursos de revisión contra los Decretos de los Secretarios. Esta circunstancia ha venido motivada porque el legislador ha otorgado a los Secretarios Judiciales la admisibilidad de aquellos actos procesales a los que la ley atribuía unos efectos inmediatos, sin valorar los efectos de los mismos en el proceso» (Pérez Daudí, Vicente, «La revisión de los Decretos del Secretario Judicial por el Tribunal», *Diario La Ley*, núm. 7511, de 17 de nov. de 2010).

<sup>401</sup> PEREDA GÁMEZ afirma que «la jurisdicción y competencia pueden ser revisados por el Tribunal de oficio, en cualquier momento del proceso y, además, las partes pueden promover la declinatoria. También es posible analizar la virtualidad de los presupuestos procesales fundamentales antes de la sentencia —como causa de nulidad—» (Pereda Gámez, Francisco Javier, «La reforma de la LOPJ y de la LEC para la implantación de la nueva oficina judicial», *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 3, marzo 2010, pág. 9). Para PÉREZ DAUDÍ, al margen de la declaración de oficio de nulidad de lo actuado por el secretario más allá de sus competencias, el juez puede revisar de oficio lo resuelto por aquél «cuando ha resuelto mediante Decreto alguna cuestión de trascendencia procesal y no de mera tramitación. Afirmar lo contrario supondría desconocer la esencia del proceso judicial. [...] en la medida en que la norma procesal tiene carácter imperativo, la actuación administrativa del Secretario Judicial o la inactividad de las partes no pueden impedir que el Tribunal analice la correcta aplicación de la misma, en cuanto destinatario final» (Pérez Daudí, Vicente «La revisión de los Decretos del Secretario Judicial por el Tribunal», *Diario La Ley*, núm. 7511, 17 nov. 2010).

secretarios judiciales. Éstos están bajo la «superior dependencia» del Ministerio de Justicia: art. 463 LOPJ<sup>402</sup>. Sin embargo, si los secretarios judiciales están sometidos a jerarquía también lo están al principio de legalidad y, por consiguiente, a la legalidad procesal. Según el art. 452.1 LOPJ «Los Secretarios Judiciales desempeñarán sus funciones con sujeción al principio de legalidad e imparcialidad *en todo caso* [...]». Las posibles instrucciones que puedan recibir de sus superiores con finalidad de homogeneización y racionalización al servicio de la eficacia (pero también del acierto que deriva de la cualificación técnica de la prestación jurisdiccional)<sup>403</sup> cuentan, en nuestra opinión, con suficientes salvaguardas que dan prioridad a la aplicación del derecho encomendada a los tribunales. En este sentido, el art. 452.2 LOPJ establece que «En el ejercicio de sus funciones, los secretarios judiciales cumplirán y velarán por el cumplimiento de todas las decisiones que adopten los jueces o tribunales en el ámbito de sus competencias», y, si bien el secretario judicial debe «hacer cumplir, en el ámbito organizativo y funcional que le es propio, las órdenes y circulares que reciba de sus superiores jerárquicos» (art. 8 b) del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales —ROCSJ—<sup>404</sup>) y, en particular, «atenerse al protocolo de actuación en el procedimiento<sup>405</sup> [...] elaborado por el Secretario Coordinador Provincial y aprobado por el Secretario de Gobierno» (art. 8 c) ROCSJ), así como atenerse a las instrucciones procedentes de

---

<sup>402</sup> Afirma GARRIDO CARRILLO que «La regulación de las competencias de los Secretarios de Gobierno y de los Secretarios coordinadores confirma la gestión de la oficina judicial a espaldas de los jueces y tribunales. La inspección de los “servicios” corresponde a los Secretarios de Gobierno [...] También se atribuye a los Secretarios de Gobierno la competencia para cursar circulares e instrucciones de servicio y la de velar por el correcto cumplimiento de las que dirija el Ministerio de Justicia [...] {También, en relación a los Secretarios coordinadores, se les atribuye la competencia para dictar instrucciones de servicio, controlar la correcta ejecución de las que imparta el Secretario de Gobierno y coordinar el funcionamiento de los servicios comunes procesales de su territorio}» (Garrido Carrillo, Francisco Javier, *La Oficina Judicial...*, cit. (2008), pág. 110 y nota 51); considerando, además, que «El Ministerio de Justicia es consciente aquí, una vez más, de que el Secretario Judicial va a ser su único representante en todos y cada uno de los órganos judiciales de España [...] En definitiva, pretende el legislador que el Secretario Judicial, regulado a través de una bien determinada estructura jerárquica, sea el elemento unificador de las oficinas judiciales repartidas por todo el territorio nacional, aplicando cuantas instrucciones se le faciliten por sus superiores nombrados al efecto» (*ibidem*, págs. 111 y 112).

<sup>403</sup> Vid. *supra*, nota [392](#)

<sup>404</sup> Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre.

<sup>405</sup> Los citados protocolos, «respetando las competencias procesales de los jueces y tribunales» incluirán, «las normas de actuación necesarias para la estandarización de las tareas procesales» (letra c), párrafo 4.º ROCSJ)

las Administraciones competentes (art. 9, b) ROCSJ)<sup>406</sup>, todas estas servidumbres se ven matizadas en el art. 465.8 LOPJ, según el cual las circulares e instrucciones que los secretarios de gobierno pueden cursar a los secretarios judiciales de su territorio (o las que pueda dirigirles el Ministro de Justicia) «en ningún caso podrán suponer una intromisión en el desarrollo de la actividad procesal de Jueces y Magistrados, ni contradecir las decisiones adoptadas por la Sala de Gobierno en el ámbito de sus competencias. Tampoco podrán impartir instrucciones particulares relativas a asuntos concretos en los que un secretario judicial intervenga en calidad de fedatario o *en el ejercicio de sus competencias de ordenación y dirección del proceso*», principio que reiteran el art. 16 h) del ROCSJ con relación a las circulares e instrucciones procedentes del Ministerio de Justicia, y el art. 21.2.II ROCSJ con relación a circulares e instrucciones procedentes del Secretario General de la Administración de Justicia. En este mismo sentido, el art. 165 LOPJ establece que «Los presidentes de las Salas de Justicia y los Jueces tendrán en sus respectivos órganos jurisdiccionales la dirección e inspección de todos los asuntos, adoptarán, en su ámbito competencial, las resoluciones que la buena marcha de la Administración de Justicia aconsejare [...]»<sup>407</sup>.

Ahora bien, en la defensa doctrinal de la atribución de las funciones procesales a los secretarios judiciales se han esgrimido argumentos que nos parece que

---

<sup>406</sup> El art. 465.6 LOPJ y el art. 16 letra g) del ROCSJ establecen que corresponde a los Secretarios de Gobierno «Impartir instrucciones a los Secretarios Judiciales de su respectivo ámbito territorial, a solicitud de las Comunidades Autónomas que hayan recibido los traspasos de medios personales al servicio de la Administración de Justicia, cuando sea precisa la colaboración de los Secretarios Judiciales con dichas Comunidades Autónomas para garantizar la efectividad de las competencias que tienen éstas en materia de organización y gestión de medios personales y materiales al servicio de la Administración de Justicia»; la letra i) del citado art. 16 atribuye, asimismo, la función de «Proponer al Ministerio de Justicia, o en su caso a la Comunidad Autónoma con competencias asumidas, las medidas que, a su juicio, deberían adoptarse para el mejor funcionamiento de la Administración de Justicia que fueren de su respectiva competencia, comunicando al Ministerio de Justicia y a la Comunidad Autónoma cuantas incidencias afecten a los Secretarios judiciales que de él dependan».

<sup>407</sup> Según GARRIDO CARRILLO, esta norma faculta a los Jueces para «dar directrices sobre el modo en el que deben tramitarse los procedimientos, sobre los contenidos de las resoluciones, pero no corregir, por ejemplo, defectos organizativos que dificulten o retrasen la tramitación de los procedimientos {en tales casos, sólo les cabrá exponer al Secretario judicial correspondiente la conveniencia de corregir los defectos, pero quedando al criterio del Secretario poner en marcha algún tipo de medidas, sin estar obligado a cumplir directrices de los Tribunales}» (Garrido Carrillo, Francisco Javier, *La Oficina Judicial...*, cit. (2008), pág. 95 y nota 37).



desbordan lo hasta ahora expuesto; argumentos que de seguirse en ulteriores reformas hasta sus últimas consecuencias sí podrían llegar a conducir a la desjudicialización de la actividad de ejecución en que el ordenamiento procesal —a nuestro juicio— no incurre todavía. En efecto, la atribución a los secretarios judiciales de funciones en el proceso de ejecución se ha defendido con fundamento en una interpretación restrictiva de la función jurisdiccional. Se ha sostenido que el art. 117 CE al usar la expresión «hacer ejecutar» (lo juzgado) como algo distinto a «ejecutar» (lo juzgado) sólo exige que el tribunal (y, en particular, su titular, el juez) vele por que la ejecución se realice (incluso, se llega a decir, sólo con que se inicie<sup>408</sup>), aunque sea otro quien la lleve a cabo, con tal de que lo haga sin salirse del marco que delimita el título ejecutivo, lo que estaría garantizado con la atribución al juez del despacho y la orden general de ejecución (resoluciones con las que el juez «hace ejecutar» —al secretario— lo juzgado: art. 551.1 y 2 LEC) y con la revisión directa de aquellas decisiones del secretario judicial que se aparten de dicho marco (tal como permite el art. 563 LEC)<sup>409</sup>. Además, se añade que el art. 117.3 CE establece que el ejercicio de la potestad de ejecutar lo juzgado se realizará por Juzgados y Tribunales «de acuerdo con las normas de competencia y procedimiento que en cada caso se establezcan» y, por consiguiente, tales normas pueden establecer un reparto de funciones en el seno del tribunal, atribuyendo al

---

<sup>408</sup> En este sentido, la *Declaración de profesionales jurídicos hacia una administración de justicia del siglo XXI* afirma que «por efecto de la combinación de la definición constitucional de lo que es la potestad jurisdiccional y de lo establecido en el artículo 456 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, [...] hacer ejecutar lo juzgado requiere de alguna reserva a favor de jueces y magistrados, pero esta reserva puede ser la mínima para poner en marcha el proceso de ejecución. Es decir, la activación de la potestad coactiva del Estado requiere de un juez cuando hay una actividad declarativa judicial previa» (*Declaración de profesionales jurídicos hacia una administración de justicia del siglo XXI...*, citada, apartado 9). En este mismo sentido, CUELLAR OTÓN afirma que «dicha previsión se cumple con la propia expresión de que se cumpla o ejecute lo dispuesto contenido en la propia resolución de cuya ejecución se trate o en su caso con la orden general de ejecución, sin perjuicio de que las actuaciones materiales tendentes a la ejecución forzosa de cualquier título ejecutivo se encomienden al secretario judicial» (Cuéllar Otón, J., «El proceso civil y las nuevas funciones del Secretario judicial en la Ley 13/2009 de 3 de noviembre. Las resoluciones procesales del Secretario judicial», *Práctica de Tribunales*, núm. 73, julio de 2010)

<sup>409</sup> Para CARRERAS MARAÑA, tanto de los debates parlamentarios que condujeron a la aprobación de la ley como del Informe-Enmiendas que presentó el Ilustre Colegio de Secretarios Judiciales al Anteproyecto de Reformas procesales se deduce que esta interpretación del art. 117 es la que subyace a la reforma; tal interpretación estaría avalada por el Tribunal Constitucional en Sentencias 47/1994, de 8 de febrero y 266/2000, de 13 de noviembre (Carreras Maraña, Juan Miguel, «De la ejecución: Disposiciones Generales», en AA. VV., *Enjuiciamiento Civil. Comentarios a las reformas procesales*, 2010, cit., págs. 898 y 899).

secretario todas las funciones que se derivan del despacho de ejecución. Por todo ello, se concluye que la idea inspiradora de las reformas operadas por las leyes 1/2009 y 13/2009 es «que los Jueces y Magistrados dediquen todos sus esfuerzos a las funciones que les vienen encomendadas por la Constitución: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Para ello es preciso descargarles de todas aquellas tareas no vinculadas estrictamente a las funciones constitucionales que se acaban de señalar, y a ello tiende el nuevo modelo de la Oficina Judicial»<sup>410</sup>.

En nuestra opinión, siendo cierto que la expresión empleada («hacer ejecutar») exime al juzgador de realizar personalmente todas las actividades que conlleve la ejecución (lo que sería, por otra parte, absurdo —y no se ha hecho nunca—) esta conclusión no altera la naturaleza de la ejecución como manifestación de la jurisdicción: aplicación del derecho (sea diciéndolo, sea haciéndolo, empleando la feliz terminología de CARNELUTTI) dotada de todas las garantías disponibles (histórica, cultural y económicamente disponibles) de acierto y eficacia. El tribunal no sólo tiene la función de asegurar un resultado sino de asegurar que se llega al mismo con todas las garantías (art. 117,3 y 24.2 CE). Por tanto, el tribunal no sólo debe poder revisar la realización exacta del contenido del título, sino también todas aquellas decisiones que directa o indirectamente afecten a la esfera jurídica del demandado y a las garantías procesales a su servicio. Es cierto también que el ejercicio de la función de «hacer ejecutar lo juzgado» se desarrollará «de acuerdo con las normas de competencia y procedimiento que en cada caso se establezcan» pero estas normas, precisamente, están ligadas a las exigencias del proceso «con todas las garantías» (sin que en ningún caso pueda producirse indefensión) a que alude el art. 24.2 CE y cuyas connotaciones, en nuestra opinión, exigen la cognición y contradicción a cargo de un tribunal dotado de garantías institucionales y funcionales de imparcialidad sobre aquellas cuestiones litigiosas que afecten a los derechos, tanto del demandante a la ejecución en sus propios términos y sin dilaciones, como del demandado a que la ejecución no desborde el título ejecutivo ni la responsabilidad que puede ser exigible en un Estado social y democrático de Derecho y Democrático de Derecho conforme al principio de proporcionalidad y la garantía de los derechos fundamentales.

---

<sup>410</sup> *Ibidem*, pág. 897.

Tampoco parece acertado sostener que no toda la actividad procesal es (ni debe ser) jurisdiccional<sup>411</sup>. La distinción es peligrosa pues deja en manos del intérprete la rebaja de garantías procesales. Jurisdicción y proceso se implican mutuamente en el marco del Estado de Derecho y de los arts. 117 y 24 CE. Entendemos que la jurisdicción es una función estatal cuyo resultado (la tutela, la satisfacción jurídica amparada por el derecho con acierto y eficacia) sólo admite un medio: el proceso y éste, a su vez, sólo es tal si incorporan las garantías que dan identidad a la jurisdicción (todas las garantías ante un juez imparcial). Si la actividad de ejecución se desarrolla mediante un proceso es porque el legislador le ha atribuido el carácter jurisdiccional, la ha asimilado a la función constitucional de ese nombre. Cosa distinta (que, en el fondo, es lo que se sostiene y con lo que estamos de acuerdo) es que los jueces (y magistrados) no tienen por qué desarrollar personalmente (ni siquiera tener control en un sentido jerárquico o de revisión de oficio<sup>412</sup>) toda la actividad procesal (y, por tanto, jurisdiccional) de ejecución (pero tampoco ocurre esto con la de declaración) pues, como afirma HERNÁNDEZ VERGARA<sup>413</sup> «el Secretario Judicial no sólo es parte del órgano judicial, sino que participa del ejercicio de la potestad jurisdiccional, aunque no en su parte esencial»<sup>414</sup>, y, si bien «sólo la fe pública hacía posible que el Secretario participara de la potestad jurisdiccional» tras las reformas citadas «el Secretario Judicial tiene encomendadas también potestades ordenatorias y de decisión propias que [...] también forman parte de la potestad jurisdiccional, aunque no sean su parte más importante o esencial»<sup>415</sup>.

---

<sup>411</sup> La *Declaración de profesionales...*, de abril de 2009, citada en nota [400](#) afirma que «El ejercicio de la jurisdicción sólo puede hacerse a través del proceso, de manera que todo lo jurisdiccional es necesariamente procesal. Pero no todo lo procesal es necesariamente jurisdiccional, de manera que es posible configurar todas las actuaciones procesales como actuaciones jurisdiccionales, pero no es necesario, ni siquiera es conveniente, porque hay muchos actos y trámites procesales que no son jurisdicción, ni implican ejercicio de la potestad jurisdiccional, pero que son necesarios para que ésta se lleve a cabo. No siendo todo lo procesal necesariamente jurisdiccional cabe que se puedan atribuir competencias procesales a funcionarios de la Administración de Justicia distintos de jueces y magistrados» (punto n.º 6).

<sup>412</sup> Como, en cambio, sí parece exigir la *Declaración de profesores...*, de febrero de 2009, citada: vid. notas [397](#) y [398](#).

<sup>413</sup> Siguiendo a MEDINA GARCÍA, Diego, «Las unidades procesales de apoyo directo. Funciones de los secretarios judiciales», en *La nueva regulación de la Oficina Judicial*, Centro de Estudios Jurídicos, Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 119 a 158.

<sup>414</sup> HERNÁNDEZ VERGARA, Antonio, en la «Introducción» a AA. VV. (Hernández Vergara, Antonio, coord.), *Enjuiciamiento Civil...*, 2010, cit., pág. 12.

<sup>415</sup> *Ídem*.

Por ello, el art. 117.3 CE atribuye el ejercicio de la potestad jurisdiccional a los Juzgados y Tribunales, órganos y no sujetos «lo que parece indicar que quien forma parte de ese órgano puede participar de esa potestad jurisdiccional»<sup>416</sup>.

Sin perder de vista lo afirmado hasta el momento no es posible desconocer que el art. 117.1 CE encomienda la función de administrar justicia a jueces y magistrados, lo que implica que la garantía última de la aplicación jurisdiccional del Derecho corresponde a éstos y, por ello, insistimos, resulta clave que las resoluciones adoptadas por el secretario que puedan afectar derechos de las partes puedan ser recurridas ante el juez como titular del órgano y responsable último de la correcta aplicación del Derecho. Esta conclusión, por supuesto, es independiente de la profesionalidad y preparación jurídica de los secretarios judiciales; tampoco es una cuestión de desconfianza en la responsabilidad de los superiores jerárquicos de los secretarios judiciales: es una simple cuestión de reparto de funciones en el seno del órgano jurisdiccional exigida constitucionalmente y que tiene su razón de ser en la garantía de independencia que se otorga a los jueces y magistrados (arts. 117.2 y 127 CE) que los hace

---

<sup>416</sup> *Ibidem*, pág. 13. En este sentido, LORCA NAVARRETE, afirma que «las cuestiones relativas a la garantía de tutela judicial de los derechos no es únicamente un atributo jurisdiccional que resida exclusivamente en jueces y magistrados como titulares exclusivos y excluyentes del órgano jurisdiccional» y que «es preciso reclamar el carácter garantista de la función jurisdiccional, que posibilita, que los órganos investidos de jurisdicción (los órganos jurisdiccionales: Juzgados y Tribunales) lleven a cabo la función jurisdiccional consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado mediante la actividad de impulso y desarrollo procesal que, tras la L.O. 19/2003 asumen también los secretarios judiciales», concluyendo, más adelante, que «un desarrollo garantista del ejercicio funcional de la jurisdicción que no va a ser monopolio exclusivo del titular del órgano jurisdiccional ya sea juez o magistrado. El secretario judicial también va a ejercer funciones jurisdiccionales a las que es preciso conceptualizar como cometidos que integran la jurisdicción» (Lorca Navarrete, Antonio María, «La ejecución de las resoluciones judiciales. Otros servicios comunes», en AA. VV., *La Nueva Regulación de la Oficina Judicial*, Centro de Estudios Jurídicos, Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 83 a 118). Ya GUASP afirmaba que no es preciso «que todos los actos del proceso de ejecución hayan de realizarse por el elemento directivo del órgano jurisdiccional, es decir, los Jueces y Magistrados. Nada se opone, en efecto, a que buena parte de estos actos, e incluso la decisión misma ejecutiva como conducta física emane de un componente inferior del órgano jurisdiccional considerado como un todo» (Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Tomo 2, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968). Para SEOANE CACHARÓN «la doctrina dominante, después de la Constitución de 1978 y de la LOPJ de 1985, viene considerando al Secretario Judicial como integrante del órgano Jurisdiccional, dando una sensata interpretación al artículo 117.3 de la Constitución [...] pues la potestad jurisdiccional en sentido amplio es otorgada con acertado criterio por el legislador constitucional a los Juzgados y Tribunales y no a los Jueces y Magistrados» (Seoane Cacharrón, Jesús, «El Secretario Judicial ante la ley 13/2009 de 13 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial», *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, núm. 1-2, 2011, pág. 198).

titulares del órgano y, por ello, referentes últimos del ejercicio de la función jurisdiccional.

#### 4.1.3. *Las funciones de la policía judicial y de los procuradores*

La corriente favorable a sustraer la ejecución de la jurisdicción ha ido, *de lege ferenda*<sup>417</sup>, más allá de lo hasta ahora expuesto. Se han formulado (y rechazado, acertadamente a nuestro parecer) propuestas de encomendar el lanzamiento enteramente a la policía judicial, sin intervención ni presencia de funcionarios del juzgado<sup>418</sup>.

La asistencia policial es imprescindible en ciertos supuestos de ejecución, habida cuenta del principio de coactividad que la preside, cuando la resistencia al cumplimiento del demandado adquiere una dimensión física que impide a los funcionarios del juzgado realizar su tarea de sustitución (desposesión) propia de la ejecución. Particularmente, en los lanzamientos puede llegar a ser necesaria una intervención policial para permitir el acceso al inmueble y facilitar el desempeño de su tarea por la Comisión judicial y demás asistentes a la diligencia así como una labor de privación provisional de la libertad ambulatoria del ocupante (haciéndolo salir del inmueble) para consumar el lanzamiento. Sin embargo, tal intervención policial se debe realizar (para no dejar de ser ejecución jurisdiccional) sólo por delegación y bajo el control del tribunal (en este trámite encarnado en la Comisión

---

<sup>417</sup> Dos propuestas sucesivas de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, manifestaron expresamente su intención de aumentar el papel de la policía judicial en la ejecución de los lanzamientos: la «Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en orden a una mayor agilidad de los desahucios por falta de pago», publicada en el BOCG de 1 de febrero de 2007 y que caducó al concluir la legislatura, y la proposición de ley que con el mismo nombre y contenido que la anterior fue presentada por el mismo Grupo parlamentario en la siguiente legislatura.

<sup>418</sup> Hay que reconocer, sin embargo, que la propuesta de reforma se concretaba realmente en la atribución expresa a la policía judicial de funciones que ya desempeña mediante una nueva redacción de los artículos 547 LOPJ («Excepcionalmente se comprenderán las funciones de ejecución forzosa de resoluciones dentro del orden jurisdiccional civil, que no tengan carácter dinerario, ordenadas por la Autoridad Judicial competente») y 549 LOPJ f) («la realización material de las actuaciones de lanzamiento de finca urbana o rústica o desalojo de domicilio, ordenado por el Juez o autoridad competente»), pero de la no se podía extraer, en nuestra opinión, la trascendencia pretendida por la exposición de motivos a la que, en el fondo, se dirige nuestra crítica.

judicial). De otro modo, quedando el lanzamiento con carácter exclusivo y excluyente a cargo de la policía, no será posible que un órgano del juzgado compruebe la concurrencia de aquellas circunstancias que permiten (o aun exigen) la interrupción o suspensión de la diligencia (imprescindible, más que nunca en el lanzamiento directo, como veremos, para dar validez constitucional al proceso). La Exposición de Motivos de la propuesta mencionada justificaba la atribución en exclusiva del lanzamiento a la policía con el argumento de la celeridad:

«Dentro de la línea de buscar la máxima agilidad en los procesos de desahucio por falta de pago, se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial en el sentido de que [...] la policía judicial pueda, por delegación expresa del Juez civil, realizar directa y materialmente las actuaciones de lanzamiento de finca urbana o rústica, y que en principio correspondería a los órganos competentes de la oficina judicial, con la idea de liberarlos de esta labor que, por otra parte, en cierta manera ya viene realizando la Policía, cuando es requerida como fuerza pública, para colaborar en el lanzamiento con los funcionarios judiciales»<sup>419</sup>.

Otro riesgo para la garantía de imparcialidad en el proceso de ejecución es la tendencia, tampoco consolidada, a atribuir el ejercicio de funciones de ejecución a las propias partes, a través de sus procuradores con el argumento de su función como colaboradores del tribunal. Ciertamente los procuradores son, en sentido genérico, colaboradores del tribunal, pero su colaboración ha de consistir, precisamente, en actuar de modo parcial, representando ante el tribunal a la parte que los apodera<sup>420</sup>. No pasa de ser una incoherencia pretender que, sin abandonar

---

<sup>419</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, Serie III-A (proposiciones de ley del Senado), número 50 a), de 1 de febrero de 2007 (pág. 2). De contenido prácticamente idéntico era la propuesta de 2008 (en Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie B (proposiciones de ley), núm. 28-1, de 11 de abril de 2008, págs. 2 y 3).

<sup>420</sup> En este sentido, CASTILLEJO MANZANARES niega que «que la Procuraduría se constituye en una especie de función pública, y que las personas que lo ejercen son funcionarios públicos. Lo que ocurre es que los Procuradores, sirviendo a los intereses de los particulares, a quienes representan, sirven también al interés de la Justicia. Y en esta función de colaboración con la Administración de Justicia se puede entender incluida la de realizar los bienes sometidos a embargo como entidad especializada» (Castillejo Manzanares, Raquel, «El procurador en la ejecución», *Actualidad Civil*, 2003, núm. 8, pág. 181). Y, con relación a la pretensión de que los procuradores españoles sigan el modelo francés del *Hussier* afirma que «a pesar del deseo de los procuradores españoles no es posible en la actualidad asumir totalmente el modelo francés por dos razones, a saber: a) La ejecución tal y como está previsto en la Constitución no es posible atribuirle a otro órgano que no sea el jurisdiccional. [...] Conforme a este precepto [117.2 CE], el contenido de la jurisdicción comprende, aparte de otras

su función como representantes de una parte, se conviertan en órganos imparciales. Por consiguiente, se debe limitar el campo de colaboración de estos profesionales a aquellos aspectos en que su parcialidad sea funcional para el desarrollo del proceso. En este último sentido, el art. 543.2 LOPJ prevé la posibilidad de que los procuradores realicen funciones de comunicación procesal (en interés, por tanto, de la parte a la que representan) cuando la ley lo autorice. En desarrollo de esta previsión, determinadas funciones, de otro modo encomendadas al tribunal, han sido atribuidas a los procuradores: la entrega de los exhortos al tribunal exhortado (art. 172.2 LEC<sup>421</sup>) y su devolución, una vez cumplimentados, al órgano exhortante (175.2 LEC); la entrega de las copias de los escritos a la parte contraria a través de los servicios de recepción de notificaciones (art. 276 LEC) o, en cierto modo, la citación de peritos y testigos (art. 429.5 y 440.1. III LEC). Siguiendo esta tendencia, el apartado 4 de la DA 5.<sup>a</sup> LEC, (introducido en la LEC por la Disposición Adicional duodécima de la Ley 19/2003, de reforma de la LOPJ) autoriza a los procuradores, en el ámbito de los juicios civiles rápidos iniciados ante las oficinas de señalamiento inmediato (entre otros, los juicios de desahucio por falta de pago de la renta —y por expiración del término de duración del arriendo tras la reforma de la LEC realizada por ley 19/2009—), a hacerse cargo de cualesquiera notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos que interesen a la parte que representan<sup>422</sup>.

---

funciones o poderes complementarios y subordinados (coerción, cautelar, documentación, disciplinario, etc.), dos manifestaciones básicas, la actividad declarativa que se conduce por el proceso de declaración y la actividad ejecutiva, por el proceso de ejecución. [...] b) Por otro lado, el procurador carece de una de las tres vertientes que definen al Huissier y que le hacen figura apta para asumir con carácter exclusivo la ejecución. Esto es, éste tiene la triple vertiente de profesional liberal, de funcionario público y de auxiliar de la jurisdicción, mientras el Procurador no es funcionario público» (*ibídem*).

<sup>421</sup> Con el antecedente del art. 290 LEC de 1881 que permitía designar persona, que solía ser el procurador, para intervenir en el diligenciamiento del exhorto.

<sup>422</sup> Según este artículo «En las actuaciones realizadas en el ámbito de esta disposición adicional, los procuradores de las partes personadas podrán practicar, si así lo solicitan y a costa de la parte que representen, las notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos, por cualquiera de los medios admitidos con carácter general en esta Ley.//Se tendrán por válidamente realizados estos actos de comunicación cuando quede constancia suficiente de haber sido practicados en la persona o en el domicilio del destinatario.//A estos efectos, el procurador acreditará, bajo su responsabilidad personal, la identidad y condición del receptor del acto de comunicación, cuidando de que en la copia quede constancia de su firma y de la fecha en que se realice.//En las comunicaciones por medio de entrega de copia de la resolución o cédula en el domicilio del destinatario, se estará a lo dispuesto en el artículo 161 en lo que sea aplicable, debiendo el procurador

Esta corriente normativa se consolidó con la reforma de la LEC por la Ley 13/2009 para la implantación de la oficina judicial, que introdujo en el art. 152.1 LEC la posibilidad de que cualquier acto de comunicación sea realizado por el procurador, comprendiendo esta norma en su ámbito de aplicación no sólo los juicios de desahucio, sino cualquier proceso, afirmando, sin más, que los actos de comunicación los podrá realizar «El procurador de la parte que así lo solicite, a su costa. Se tendrán por válidamente realizados estos actos de comunicación cuando quede constancia suficiente de haber sido practicados en la persona o en el domicilio del destinatario.[...]». Tendencia que aun se amplía más con la Ley de medidas de agilización procesal (Ley 37/2011, de 10 de octubre) mediante una nueva redacción del art. 152.3 LEC admitiendo que la notificación por el procurador sea resultado de una genérica encomienda de gestión al Servicio de actos de comunicación organizado por el Colegio de Procuradores. También se modifican, para adaptar la regulación existente en este sentido, los apartados 4 y 5 del art. 161 LEC y el art. 163 LEC.

Aunque nada hay que objetar, en principio, a esta aspiración, que en nada altera la función y naturaleza de los procuradores, es preocupante la justificación que se realizaba en las proposiciones de ley precedentes de las reformas finalmente incorporadas en la LEC<sup>423</sup>, reivindicando la figura del *Huissier de Justice*<sup>424</sup>:

---

acreditar la concurrencia de las circunstancias contempladas en dicho precepto, para lo que podrá auxiliarse de dos testigos o de cualquier otro medio idóneo».

<sup>423</sup> «Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en orden a una mayor agilidad de los desahucios por falta de pago, y de ayuda a situaciones de alta vulnerabilidad social» (Proposición 122/000010, presentada el 1 de abril de 2008 en el Congreso —IX legislatura—).

<sup>424</sup> Esta figura engarza con el modelode ejecución pura, en el que esta es concebida como actividad privada. Según PODETTI, quien, a su vez sigue a Liebman (*La opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, Roma, 1936 (2.<sup>a</sup> ed.), pág. 30) y a Goldschmidt (*Derecho Procesal Civil*, Labor, Barcelona, 1936, pág. 16) la concepción pura de la ejecución tiene su origen en el Derecho germánico, en el cual, «la ejecución siguió siendo, en su mayor parte, actividad privada. El acreedor usaba de la fuerza para obtener, mediante el embargo de bienes del deudor, que este le pagara» y luego fue recibido en Francia «que mantuvo, en sus líneas y principios generales, el proceso germano y especialmente la ejecución directa. Muchos autores han señalado el origen germano de la ejecución francesa, como lo dice Chiofenda {Chiofenda, Guiuseppe, «Romanismo y Germanismo en el proceso civil», en *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, T. I, págs. 305 y 309, siguiendo éste, a su vez, a Briegleb —*Historia del Proceso Ejecutivo*— y Maurer —*La historia del antiguo proceso alemán*—} y Goldschmidt {op. cit., pág. 25}» (Podetti, Ramiro, *Tratado de las Ejecuciones*, Ediar, Buenos Aires, 1997 (3.<sup>a</sup> ed revisada por Guerrero Leconte), págs. 22 y 23). Para Podetti «hay una clara oposición entre el



«Con el objeto de aligerar el trabajo de las oficinas judiciales y, en consecuencia, facilitar la celeridad del procedimiento, se ha creído oportuno recurrir a los procuradores para que puedan realizar la función de la comunicación. en otros países de nuestro entorno existe la figura del “*Huissier*”, expresamente concebida para aligerar los desahucios con amplias facultades. En España esta figura no existe, pero una parte de sus funciones la pueden realizar perfectamente los Procuradores»<sup>425</sup>

No obstante lo discutible del argumento transcrito, la atribución de funciones de notificación es perfectamente compatible con la función de los procuradores como representantes de parte, por cuanto existe una correspondencia exacta entre el interés de la parte a la que se encomiendan y la función pública del tribunal; es decir, puede identificarse la actuación interesada y parcial del procurador en representación de parte con un exacto cumplimiento del acto procesal<sup>426</sup>. Más

---

derecho romano y el germánico, respecto a la ejecución que deriva, fundamentalmente, del distinto concepto de la defensa del derecho, en ambos pueblos. En Roma, en rápida evolución, se llegó a prohibir la defensa privada, sin previa intervención judicial; en Germania, la defensa privada tuvo siempre un amplio ejercicio. // Entre el sistema romano que no permitía la ejecución privada y ni aun la ejecución directa de las sentencias por el juez, exigiendo un nuevo proceso cada vez que el demandado se oponía a la *actio iudicati* y el sistema germano de permitir la ejecución privada, dando al ejecutado la oportunidad de demandar por la injusticia de la ejecución, cabe una solución intermedia, un *tertium genus*, que es el sistema nuestro, nacido en la Edad Media, por la fusión de ambos derechos, la influencia de los cánones y las necesidades del comercio [...] En la ejecución de la sentencia, la *actio iudicati*, empieza a denominarse *actio in factum* y en el siglo XIII se prescinde de ella [...] se descarta que la sentencia sea prueba del crédito (base de la *actio iudicati*) [...] consecuentemente, se atribuye al vencedor un derecho a la ejecución [...]; es decir, un derecho autónomo que nace del título inmediato que es la sentencia»; sin embargo, en Francia no se sigue esta evolución «Siguiendo la tradición germana, se elimina toda intervención del Juez en la ejecución, que se atribuye al propio acreedor, con el auxilio y vigilancia de los *sergents du roi*, más adelante los *huissiers*. Estas disposiciones pasan, a través de leyes posteriores, al código Napoleón de procedimiento civil {*códe de procedure* de 1806}»; se trata de la «ejecución pura, sin intervención judicial o con intervención incidental de la justicia, que de las Ordenanzas de Francisco I pasó al Código Napoleón» (*ibidem*, págs. 19 a 27).

<sup>425</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, Serie III-A (proposiciones de ley del Senado), número 50 a), de 1 de febrero de 2007 (págs. 3 y 4) y Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie B (proposiciones de ley), núm. 28-1, de 11 de abril de 2008, (también págs. 3 y 4).

<sup>426</sup> En tal sentido ARIZA COLMENAREJO, haciendo referencia a la citación de testigos por parte de los procuradores (de las partes), señala que «Dado que se trata de un acto en el que tienen interés las partes, nadie mejor que ellas para encargarse de realizar la citación al testigo o perito para su comparecencia» (Ariza Colmenarejo, M.<sup>a</sup> Jesús, «El procurador en el ámbito de los “juicios rápidos civiles”», Diario La Ley, núm. 6316, de 12 de septiembre de 2005, versión digital, § II.4.1.º), ya que «la parte está interesada en llevar sus testigos o peritos, e igualmente tiene interés en notificar correctamente a aquellos terceros que deben comparecer ante el órgano judicial dentro de los procesos de la disp. adic. 5.<sup>a</sup>, todo ello en el marco del interés privado que existe en la actuación del Procurador

preocupante resulta la pretensión de asimilar a los procuradores con la figura del *huissier* por cuanto supone asumir que éstos gozan de imparcialidad y que, por ello, pueden realizar funciones que requieran tal cualidad (como opuesta al interés de parte o parcialidad). El cuidado en mantener la estructura de dos partes enfrentadas ante un órgano imparcial es una garantía esencial del proceso (también el de ejecución), de ahí que las actividades atribuidas los representantes de las partes no deban confundirse con las del tribunal. Aunque se ha sostenido la posibilidad de una actuación imparcial de los procuradores<sup>427</sup>, entendemos que, de ser posible, lo sería

---

ya que de la misma se deriva una probabilidad mayor de éxito en la pretensión de la parte» (*ibidem*, § II.5).

<sup>427</sup> No nos convence, a este respecto, el argumento sostenido por DÍAZ RIAZA (a partir de la doctrina originaria de Bélgica y Francia) defendiendo una pretendida «parcialidad multilateral» del *Huissier de Justice* y menos aun que dicho argumento sea trasladable al procurador español. Según este parecer, «[...]el *huissier* se encuentra por encima de las partes ya que, si no fuera así, no existiría ese desapasionamiento que debe caracterizar a aquellos que desempeñan las profesiones jurídicas y que no son partes en el proceso [...] si bien recibe el encargo de la misma o de su abogado no interviene sólo en virtud del mismo sino que a su vez es un mandatario del Tribunal, de la sociedad y del interés general no pudiendo estar exclusivamente al servicio de una parte, por lo que deberá realizar su labor de manera imparcial, justa y equilibrada. Configura el mandato dado por el ejecutante como una intermediación entre la resolución judicial que ha velado por su interés privado lo que le conduce a acudir al *huissier* para que haga lo necesario por cumplirla» (Díez Riaza, Sara, *Armonización europea en materia de ejecución procesa civil (Especial consideración de la introducción del huissier de justicia en nuestro ordenamiento)*, Consejo General de Procuradores, Madrid, 2002, pág. 66). Entendemos que el voluntarismo y el nominalismo (manifiesto en el concepto de «parcialidad multilateral») se ha impuesto, en este caso, a la realidad. En sentido parecido, ARIZA COLMENAREJO, a partir de la calificación que de él realiza como «cooperador de la administración de justicia» que le dispensan la LOPJ (Libro VII, situándolo junto a la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal —pero también junto a los Abogados y Abogados del Estado—) y su propio Estatuto General (artículos del 2 y 3.2 Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España) le atribuye una condición «poliédrica» según la cual, al tiempo que «se abroga un interés particular perfectamente identificable con el de su representado» realiza «un deber general de colaboración y uno particular de cooperación con los tribunales» pues «El Procurador se encarga de que el proceso se desarrolle según los principios que le rigen, y para ello está sometido al imperio de la ley, al igual que el resto de operadores jurídicos. De ahí la posibilidad de practicar los actos de comunicación en aras de esa labor de colaboración reconocida en el Estatuto, coadyuvando a la mejor realización de la función judicial. Esta actividad se enmarca en la idea más general reconocida en el art. 118 de la CE, según el cual existe la obligación de prestar la colaboración requerida por los jueces y tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto. Asimismo el art. 17 LOPJ reitera el deber de colaboración de todas las personas» (Vid. Ariza Colmenarejo, M.<sup>a</sup> Jesús, «El procurador en el ámbito de los “juicios rápidos civiles”», *Diario La Ley*, núm. 6316, 12 de septiembre de 2005, versión digital, § II.1). Para HESS, la relación entre los agentes de la ejecución y los acreedores es cuestión compleja, pues considera que si los agentes son enteramente financiados por éstos sobre la base de sistemas de honorarios sometidos a arancel se crea una dependencia con ciertos acreedores “poderosos”. En tal caso, la capacidad de los agentes para resistir presiones depende de factores como la solidaridad profesional y la independencia financiera. Destaca que, precisamente, el sistema de aranceles se introdujo a principios de los 60 en Alemania porque las diferencias de

en detrimento de su verdadera función como representantes de parte y, por tanto, del conjunto del sistema de contradicción y audiencia bilateral propio del proceso: los procuradores son parciales precisamente porque deben serlo. En particular, podría afectar a la imparcialidad que exige la aplicación procesal del derecho (además de una alteración objetiva de la igualdad de armas que forma parte esencial del contradictorio) la atribución al procurador de aquellos actos de ejecución forzosa (embargos o lanzamientos)<sup>428</sup> en los que están presentes intereses contrapuestos, máxime si no están plenamente reglados y requieren adoptar decisiones matizadas respecto al ámbito de la esfera jurídica del deudor que ha de ser sacrificado o, incluso, sobre la interrupción (o, lo que puede ser más grave, la no interrupción) de la diligencia cuando circunstancias imprevistas así lo aconsejen<sup>429</sup>.

La finalidad de lograr una ejecución más rápida y eficaz sin tener en cuenta, al propio tiempo, las exigencias de ponderación y garantías que esta conlleva alcanzan su máxima expresión en aquellos casos en que no sólo se propone la atribución de funciones ejecutivas a profesionales ajenos al tribunal (y vinculados a una de las partes), sino que, además, se pretende fomentar una libérrima «concurrentia competitiva» en el «mercado de servicios» en que se convertiría la ejecución

---

ingresos entre agentes conducía a abusos (Hess, Burkhard, «Comparative Analysis of the National Reports», en AA.VV., *Enforcement Agency Practice in Europe*, 2005, cit., pág. 43).

<sup>428</sup> No podemos compartir la afirmación de ARIZA COLMENAREJO según la cual «actos no estrictamente jurisdiccionales que también podrían realizar los procuradores, y que por ahora no cuentan con ninguna cobertura legal [...] [son] las actividades propias de la ejecución civil y que progresivamente están siendo atribuidas a los secretarios judiciales, tal y como establece el nuevo art. 456 de la LOPJ. En ningún caso esto significa que se prive de esta competencia a los órganos judiciales, sino que pasarán a ser materializadas por otros profesionales jurídicos. Todas estas cuestiones afectan a la consideración del Procurador como directo e inmediato colaborador de la Administración de Justicia, tal y como sucede con otras profesiones análogas de otros países de nuestro entorno» (*ibidem*). Toda esta argumentación gira en la, para nosotros, poco clara distinción que hace la autora entre «lo que en el proceso puede calificarse de estrictamente jurisdiccional, de aquello que no es jurisdiccional y que en la actualidad llevan a cabo los órganos judiciales a través de su oficina judicial» y, a partir de esta idea su convicción de poder encontrar «un adecuado equilibrio que permita atribuir determinadas funciones no jurisdiccionales a otros intervinientes o auxiliares por el hecho de que van a ser ejecutadas con más eficacia» (*ibidem*).

<sup>429</sup> HERRERO PÉREZAGUA, partiendo de la necesidad de tomar decisiones «in situ» que resulta inevitable en las tareas de embargo, argumenta contra las propuestas de «protagonismo exclusivo» del procurador en la realización de estas diligencias (Herrero Pérezagua, J. F., «La representación y defensa de las partes y las costas en el proceso civil», *La Ley*, Madrid, 2000, págs. 24 y 25).

forzosa. Al respecto HESS sostiene sin rubor que el incentivo más eficaz para acelerar la ejecución es abrirla a las fuerzas del mercado, remitiéndose a las experiencias de Holanda e Inglaterra en que se permite la competencia libre entre agentes de la ejecución de todo el país autorizando incluso que en ciertos casos éstos fijen sus honorarios de común acuerdo con los acreedores. Entiende este autor que si los acreedores son los clientes de los agentes de la ejecución existirá una tendencia a olvidar los derechos de los deudores, pero considera esta tendencia se puede compensar con la inspección y el régimen disciplinario propio de la profesión y con eficaces remedios frente a cualquier abuso<sup>430</sup>. Como señala CORREA DELCASSO la eficiencia de los distintos sistemas de ejecución no depende de la naturaleza pública o privada de los sujetos a los que se encomienda, sino de la eficiencia interna de cada sistema (número de agentes de que dispone, eficacia de los métodos de que dispone para obtener información de los bienes del deudor y trabarlos...)<sup>431</sup>. En parecido sentido, ANDENAS y NAZZINI señalan que el factor determinante es interno a cada sistema y, contrastando el sistema español y el sueco, concluyen que lo relevante es la especialización y dedicación de los órganos encargados de la ejecución (sean tribunales, órganos administrativos o profesionales)<sup>432</sup>.

Otra función discutible, pero atribuida en la práctica a los procuradores, es la que podríamos denominar la de «intendencia de la ejecución»<sup>433</sup>, es decir, la que asumen

---

<sup>430</sup> Otros sistemas como el francés, el belga o el portugués no admiten dicho grado de competencia entre los agentes de la ejecución: éstos se sitúan en la órbita pública más que en la privada; en Alemania cada agente actúa en un sector específico donde ejerce su monopolio (Hess, Burkhard, «Comparative Analysis of the National Reports», en AA.VV., *Enforcement Agency Practice in Europe*, 2005, cit., págs. 44 y 45).

<sup>431</sup> CORREA DELCASSO, Juan Pablo, «Efficiency in the Methods of Enforcement of Judgments: Public vs. Private Systems», en AA. VV. *Enforcement Agency Practice in Europe*, 2005, cit., pág. 47.

<sup>432</sup> Y afirman que si un mismo órgano se ocupa de funciones heterogéneas que entran en conflicto unas con otras en lo que respecta a la priorización y reparto de recursos, esto afecta a la eficiencia de la ejecución, como también que la heterogeneidad de funciones impide la especialización (Andenas, Mads, Nazzini, Renato, «Enforcement Practices in the EU Member States», *Enforcement Agency Practice in Europe*, cit., págs. 93 y 100).

<sup>433</sup> Colaboración que, en la práctica, se desarrolla con frecuencia. Como señala REDONDO GARCÍA «[...] son frecuentes aquellas situaciones en que los procuradores ayudan a identificar la finca, cuando su localización se presenta difícil, evitando así que el propio Juzgado deba cumplimentar este trámite con el correspondiente devengo de dietas. También es importante constatar el apoyo que prestan muchos procuradores cuando utilizando su propio medio de locomoción trasladan a los

aportando, a costa de la parte que representan (con repercusión posterior en las costas procesales), algunos de los medios materiales necesarios para desarrollar la actividad ejecutiva. Nada obsta a que la parte ejecutante pueda poner a disposición del tribunal (en principio a su costa, aunque luego los repercuta) los medios necesarios para el desarrollo de la actividad que como tal parte ha propuesto, una vez tal actividad haya sido acordada por el tribunal; a fin de cuentas, según el art. 241.1 LEC, «cada parte pagará los gastos y costas del proceso causados a su instancia a medida que se vayan produciendo».

En el supuesto citado entendemos que la aportación de medios no es sino una forma de asumir —en especie— los gastos que se van produciendo como consecuencia de sus peticiones. Pero el tribunal (seguramente a través de un decreto del secretario judicial, como órgano encargado de determinar las medidas ejecutivas que se deben adoptar) debe ser quien acuerde si tales medios se corresponden con medidas apropiadas para la ejecución (por ejemplo, autorizando o denegando la necesidad de intervención en el lanzamiento de un profesional de la medicina contratado por la parte frente a la intervención de un médico forense o de un médico de la sanidad pública) o determine la modalidad y condiciones para el desarrollo de dicha actividad (controlando, por ejemplo, la identidad y cualificación de los profesionales que acuden a la diligencia de lanzamiento —cerrajeros, albañiles, médicos, peritos...,— así como el alcance de su actuación —apertura y cambio de cerraduras, rotura de tabiques, atención y evaluación del estado de salud ocupante, evaluación de daños materiales causados al inmueble, etc.—), que siempre tendrán que desarrollarse bajo su dirección (en su caso, a través del funcionario del Cuerpo

---

miembros de la Comisión judicial a la finca para que tenga lugar la entrega de la posesión». De la antigüedad de esta colaboración dan cuenta los consejos ofrecidos (en 1950) por DE TORRES AGUILAR para la realización material del lanzamiento: «en la providencia, señalando el día y la hora para la ejecución, habrá de prevenirse al actor cuide de aportar los medios necesarios para la efectividad de la diligencia solicitada. Estos medios pueden ser distintos, según las circunstancias, v. gr., de transportes de efectos y mobiliario, de locomoción para la comisión del Juzgado (cuando la diligencia haya de ejecutarse a más de dos kilómetros de distancia del casco de la población, sanitarios, etc., etc. Aunque la ley no lo señale expresamente, es fácil comprender esta obligación del actor, a cuya rogación se efectúa la diligencia y a la que deberá concurrir personalmente o por medio de su representante procesal. Es, pues, práctica viciosa e inaceptable la de delegar el Procurador en la comisión judicial. Con ello se puede cometer una falsedad en documento público, del núm. 2.º artículo 302 del Código penal, pues “se supone en un acto (el lanzamiento) la intervención de personas que no la han tenido”» (de Torres Aguilar, Juan «Cuestiones prácticas sobre el lanzamiento», *Boletín de Justicia Municipal*, núm. 204 (año VI- 1950), pág. 1333).

de Auxilio judicial presente en la diligencia y según lo establecido en el mandamiento judicial). De este modo, además del control del tribunal sobre la ejecución, se mantiene abierta la posibilidad de impugnación por la parte contraria, quien podría discutir su adecuación mediante el recurso correspondiente frente a la resolución del secretario que la autoriza y dirige.<sup>434</sup>

#### 4.2. *La ejecución especial de las sentencias de desahucio: lanzamiento directo.*

Las reformas de la LEC de los años 2003 y 2009<sup>435</sup> separaron el régimen de ejecución de las sentencias de desahucio (sentencias declarando la resolución del contrato de arrendamiento por falta de pago o su extinción por transcurso del plazo del contrato y condenando, en ambos casos, a la entrega del bien inmueble arrendado) del tronco común que había creado la LEC en el año 2000 (un único régimen de ejecución, ordinaria o común, para la entrega de posesión inmediata de bienes inmuebles cualquiera que fuese el título que amparase la entrega). Dichas reformas han configurado para la ejecución de las sentencias de desahucio una modalidad de ejecución denominada por la propia LEC «ejecución directa» o «lanzamiento directo»<sup>436</sup> de la que vamos a ocuparnos en este apartado. Esta modalidad de ejecución es también la apropiada para ejecutar el decreto que el secretario judicial dicta en el curso del juicio de desahucio como consecuencia de la falta de oposición del demandado al requerimiento monitorio previsto en el art. 440.3 LEC desde su reforma por la Ley 37/2011, de 10 de octubre de medidas de agilización procesal.

---

<sup>434</sup> Parece apuntar a ello el art. 2.7 de la Instrucción 2/2001, que en referencia a los medios de transporte necesarios para la ejecución afirma: «Los responsables de los servicios comunes de actos de comunicación y de ejecución diseñarán, conjuntamente con la Administración competente, un plan de transporte para su sometimiento a la aprobación de ésta. El transporte deberá escogerse en función de la mayor eficacia y eficiencia del servicio y del uso racional de los medios de locomoción. En ningún caso, se utilizarán vehículos de los Procuradores u otros profesionales para la práctica de las diligencias» (Instrucción 2/2001, de 9 de mayo, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por la que se aprueba un *Protocolo de servicios para la coordinación, conexión e interrelación entre los Juzgados y Tribunales y los servicios comunes de actos de comunicación y de ejecución* —BOE núm. 123, de 23 de mayo de 2001—).

<sup>435</sup> *Vid. supra*, pág. [267](#).

<sup>436</sup> Términos usados, respectivamente, por los arts. 549.3 y 447.1.II LEC.

Consiste el lanzamiento directo, como modalidad de ejecución de sentencias de desahucio (o del decreto resultado del trámite «monitorio» del juicio de desahucio), en la «anticipación» de algunos de los trámites procesales propios de la ejecución (mediante su acumulación a determinados trámites del proceso declarativo) y la supresión de otros, con una consiguiente disminución (o, como veremos, realmente la posposición) de las posibilidades de cognición y de contradicción. Con esta modalidad de ejecución, dictada la sentencia de desahucio condenando a la entrega del inmueble al demandante, el siguiente acto de ejecución previsto por el legislador ha de ser la diligencia de lanzamiento a realizar en la fecha y hora señaladas durante el juicio declarativo. Por esta razón, el mecanismo de ejecución directa recibe también la denominación de «lanzamiento directo», es decir, es una diligencia de lanzamiento que llega directamente, sin tramitación precedente; un proceso de ejecución que empieza (pero no termina, como veremos) con la fase de lanzamiento. El primer mecanismo de aceleración que configura el «lanzamiento directo» consiste en acumular en la demanda de desahucio con la que se inicia el proceso declarativo tanto la pretensión declarativa de condena como la pretensión de ejecución de dicha condena (arts. 437.3 y 549.3 LEC). El segundo, en acumular la resolución procesal con la que se señala la fecha para la práctica de la diligencia de lanzamiento bien a la resolución procesal de reparto de la demanda de desahucio (dictada por las oficinas de señalamiento inmediato, habiéndose presentado la demanda ante las mismas: DA Quinta 3.1.b LEC), bien a la resolución procesal de admisión de la demanda de desahucio (dictada por el secretario judicial —sea de la unidad procesal de apoyo directo, sea del servicio común de registro— en el caso de las demandas de desahucio presentadas ante el mismo: art. 440.4 LEC). El tercer mecanismo de aceleración consiste en la supresión de todos los trámites de ejecución que median entre la sentencia de condena y la diligencia de lanzamiento (momento en que la Comisión judicial hará acto de presencia en el inmueble); en efecto: el art. 549.3 LEC niega la posibilidad de realizar «ningún otro trámite» de ejecución tras la pretensión ejecutiva (contenida en la demanda de desahucio) y hasta la diligencia de lanzamiento. Esto significa no sólo la desaparición de toda «notificación posterior» (como expresamente reconoce el art. 440.4 LEC), sino, lógicamente, de aquellas resoluciones que deben ser notificadas, es decir, el despacho y la orden general de ejecución por parte del juez y el decreto de

concreción de medidas ejecutivas por parte del secretario judicial y, en consecuencia, también desaparecen los actos de parte que presuponen aquellas resoluciones: la oposición a la ejecución (que se interpone frente al auto despatchando ejecución) y los recursos de reposición, revisión o apelación. De este modo, la diligencia de lanzamiento deberá realizarse en la fecha que ya había sido señalada durante las fases iniciales del juicio de desahucio sin que entre la sentencia y la diligencia de lanzamiento se produzca cognición alguna ni posibilidad de contradicción<sup>437</sup>.

El mecanismo expuesto requiere la supresión correlativa (*ex art. 549.4 LEC*) del plazo de espera para dar curso a la demanda, que en la regla general (contenida en el art. 548 LEC) se sitúa entre el proceso de declaración y el de ejecución. En resumen: con el mecanismo de ejecución directa desaparece toda la actividad que en el proceso ordinario de ejecución para entrega de bienes inmuebles precedía a la diligencia de lanzamiento, tanto las fases típicas de todo proceso de ejecución (fases de despacho de ejecución y de oposición a la misma); como las específicas propias del lanzamiento, es decir, las actividades que deben desarrollarse (notificarse y recurrirse) durante el tiempo de espera o garantía que también desaparece (como más detenidamente analizaremos en la otras partes de nuestro trabajo).

No obstante, al diseño del lanzamiento directo que resulta de la anterior exposición pueden hacerse algunas matizaciones. La tajante afirmación de la LEC según la cual tras la sentencia condenatoria se procederá al lanzamiento «sin necesidad de ningún otro trámite» no puede ser rigurosamente cierta: un mínimo de actividad procesal resultará siempre imprescindible para que la diligencia de lanzamiento sea posible.

---

<sup>437</sup> Pese a todo, es indudable que una mínima actividad de preparación (mediante mandamientos, exhortos, oficios y requerimientos) será imprescindible para que la fecha de lanzamiento la Comisión judicial se desplace al domicilio y cuente con los medios imprescindibles y «típicos» del lanzamiento: presencia de policía judicial, por ejemplo. La ley presupone una coordinación entre la actividad de señalamiento (efectuado por las oficinas de señalamiento inmediato o por el secretario del tribunal según dónde se haya presentado la demanda) y la actividad de ordenación de la actividad de la Comisión judicial, pero presupone, igualmente, que se trata de una actividad estandarizada y automatizada, meramente técnica, que debe ser desarrollada por servicios comunes (el encargado del registro, reparto y señalamiento y el encargado de la ejecución). La ejecución de las sentencias de desahucio se manifiesta así como una actividad que puede ir de un servicio común (Oficina de Señalamiento Inmediato) a otro (Servicio Común de Ejecución) sin pasar por el juez.



La Comisión judicial encargada del lanzamiento debe actuar con fundamento en un mandamiento cuya expedición corresponde al secretario judicial sea del juzgado ejecutor (al frente de la unidad procesal de apoyo directo) sea del servicio común correspondiente (arts. 149.5 y 167 LEC). Por otra parte, el demandante y el demandado pueden —de hecho— realizar solicitudes al tribunal hasta la fecha señalada para la diligencia de lanzamiento: el demandante podría, por ejemplo, solicitar del tribunal autorización para que intervenga en la diligencia, bajo la dirección de la Comisión judicial pero a su costa, un cerrajero o algún otro profesional para el caso de ser necesario; el demandado exponer su situación personal o familiar recabando medios específicos de ejecución que garanticen sus derechos fundamentales. Hay que entender, sin embargo, que el tribunal no puede considerar en este momento procesal tales solicitudes.

La ejecución directa procede, en principio, sólo si el demandante hubiera formulado su pretensión de ejecución de forma acumulada a la de desahucio (como permite el art. 549.3 LEC). Cuando no se haya formulado pretensión ejecutiva alguna en su demanda (declarativa) de desahucio, el arrendador demandante beneficiado por la sentencia de desahucio deberá pedir expresamente su ejecución mediante una demanda específica según la regla general (art. 549.1 LEC). En este caso, tras la demanda o solicitud de ejecución se seguirá la tramitación común del proceso de ejecución: el juez dictará el despacho de ejecución y la orden general de ejecución y el secretario judicial el decreto de concreción de medidas ejecutivas. Al dictar el decreto de concreción de medidas ejecutivas el secretario se deberá pronunciar sobre la fecha de lanzamiento para ratificar la señalada en el momento oportuno del juicio precedente (durante el trámite de reparto o el de admisión de la demanda) siempre que el plazo que resta desde el despacho de ejecución hasta la fecha señalada anticipadamente para el lanzamiento permita desarrollar los trámites procesales aun pendientes, a saber, los de notificación al demandado del auto y decreto recién dictados y la interposición (no suspensiva) de la oposición a la ejecución (lo que exigirá, contar, como mínimo, con el plazo de 10 días previsto en los arts. 556.1 y 560 LEC) o los recursos frente al decreto (arts. 551.5 y 563 LEC). Si al tiempo de interposición de la demanda de ejecución la fecha de lanzamiento señalada anticipadamente durante el juicio de desahucio ya se hubiera sobrepasado

o fuera tan inminente que no pudiesen desarrollar los trámites esenciales del proceso de ejecución, el secretario judicial fijará una nueva fecha para la diligencia de lanzamiento, ateniéndose para ello a las reglas generales (aplicando, en su caso, el art. 704.2 LEC y otorgando a los ocupantes de vivienda el plazo de un mes, prorrogable). En conclusión: cuando no proceda lanzamiento rápido se regresa al régimen del lanzamiento común u ordinario salvo que se pueda mantenerse la fecha señalada para la diligencia de lanzamiento durante el juicio de desahucio, en cuyo caso podría hablarse de un lanzamiento «rápido» (ya que no «directo»)<sup>438</sup>.

Un régimen peculiar de lanzamiento rápido es el que introduce la reforma del art. 440 por Ley 37/2011. Tras la admisión de la demanda de desahucio y al tiempo que se le notifica al demandado y se le cita a juicio verbal (advirtiéndole de la condena en caso de incomparecencia a la vista, notificándole la fecha de lanzamiento y advirtiéndole de la ejecución directa en caso de condena), se le requiere al demandado a que abandone el inmueble (y, en su caso, que pague las rentas debidas) advirtiéndole de que la falta de oposición supondrá la terminación de juicio (párrafo primero del art. 440.3). La falta de oposición a dicho requerimiento monitorio conlleva un decreto del secretario judicial dando por terminado el juicio de desahucio y declarando la posibilidad de ejecución forzosa (párrafos quinto y sexto del art. 440.3). La ejecución correspondiente se describe como un lanzamiento directo: así el párrafo cuarto del art. 440.3 LEC afirma que en el requerimiento se apercibirá al demandado de que «de no realizar ninguna de las actuaciones citadas, se procederá a su inmediato lanzamiento sin necesidad de notificación posterior». Este lanzamiento directo tiene, sin embargo, una peculiaridad: exige al demandante formular una «solicitud de

---

<sup>438</sup> El primer modelo de lanzamiento que se apartaba del tronco común creado por la LEC de 2000 fue el introducido por la ley 23/2003, de 10 de julio (de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo) que anticipó el señalamiento del lanzamiento al proceso de desahucio, pero mantenía la necesidad de demanda de ejecución y todos los trámites previos a la diligencia de lanzamiento, lo que fue criticado por imposible cumplimiento. La ley 19/2003, de 23 de diciembre mediante la DA Quinta que bajo el rótulo «Medidas de agilización de determinados procesos civiles» pretendía trasladar a la LEC los recién creados juicios rápidos penales de la LECrim. e incluyó entre tales juicios rápidos civiles los de desahucio en que la demanda se hubiera presentado ante las Oficinas de Señalamiento Inmediato: su peculiaridad era que el señalamiento anticipado durante la fase declarativa del juicio se atribuyó a las citadas oficinas en trámite de reparto en lugar de hacerlo al Juez en el trámite de admisión de la demanda.

ejecución» y al tribunal dictar el «despacho de ejecución», como puede comprobarse en los párrafos quinto y sexto del artículo. Por tanto, para esta forma de lanzamiento directo no parece que sea necesario haber formulado la pretensión de ejecución acumulada a la de desahucio: lo confirma la redacción del art. 549.2 LEC que vincula la ejecución directa a dicha acumulación sólo para la ejecución de las demandas de desahucio y no para la ejecución del decreto dando por terminado el juicio (monitorio) de desahucio.

El lanzamiento directo puede plantear algunas dudas de constitucionalidad relativas al grado de respeto que proporciona al derecho a un proceso con todas las garantías. Cabe pensar que el proceso con todas las garantías no se respeta si los tribunales sólo desarrollan actividades materiales sin posibilidad de cognición previa (posibilidades que estaban, sin embargo, implícitas en el despacho de ejecución y en los decretos de concreción de medidas ejecutivas) ni tampoco de cognición diferida en respuesta a impugnaciones de parte (oposición a la ejecución o recursos frente a resoluciones procesales) expresivas, a su vez, del principio de contradicción que también se sustrae del proceso de ejecución.

Algunas de las prevenciones de constitucionalidad expresadas pueden matizarse si la ejecución directa se interpreta en el marco del conjunto de reformas de las que forma parte. Dichas reformas explican y, al menos en parte, justifican, la modalización de los principios de conflictividad y contradicción en la ejecución directa. En primer lugar, la oposición de fondo con fundamento en el cumplimiento de la prestación que se reclama tiene poco sentido frente a sentencias como las de desahucio orientadas exclusivamente al abandono del inmueble. Es difícil de concebir un intento de «ejecución sobre el demandado cumplidor»: es decir, el nuevo desalojo de quien ya ha cumplido abandonando el inmueble: el ejecutado, ausente del inmueble por haber cumplido la sentencia, no puede ser expulsado por segunda vez (porque ya está fuera del inmueble) y, por tanto, no necesita oponerse. Son concebibles casos excepcionales en que el ocupante, una vez dictada sentencia y abandonado el inmueble, regrese al mismo al amparo de un nuevo título: sea un mero precario consentido por el demandante, sea con base en un título más sólido (un nuevo arrendamiento o,

incluso una compraventa si el demandado adquiere el inmueble). Sin embargo esta salida y regreso en el plazo tan corto (inferior a un mes) es tan extraña y poco usual que no parece una interpretación irrazonable del derecho a la tutela efectiva exigir al ejecutado que acuda a un proceso declarativo posterior para pedir la restitución del inmueble y una indemnización de daños y perjuicios. En cuanto a la posibilidad de alegar pactos y transacciones como causa de oposición a la ejecución por motivos de fondo<sup>439</sup> es nuevamente el escaso tiempo transcurrido desde la sentencia lo que hace excepcional la posibilidad de haberse celebrado un pacto o transacción con el arrendatario. Será muy excepcional que el arrendador, que ha tenido que seguir un proceso de desahucio frente a su arrendatario, se avenga, a última hora, a celebrar un nuevo arrendamiento que ha luchado por resolver (o a ceder graciosamente el inmueble al ocupante) y menos aun que el arrendatario desahuciado (sobre todo si lo ha sido por falta de pago) disponga, tras la sentencia, de los medios económicos necesarios para realizar un nuevo arrendamiento o, menos aún, una compraventa<sup>440</sup>. Lo extraordinario de la situación hace que, de nuevo, sea una carga razonable exigir al ejecutado —que ha alcanzado tales pactos y es, sin embargo, desalojado— que sea él quien interponga una demanda declarativa reclamando la restitución del inmueble y los daños y perjuicios.

En segundo lugar, también la proximidad temporal y continuidad procedimental entre el juicio declarativo y el de ejecución hacen que las resoluciones de despacho y la orden general de ejecución en cuanto actos encargados de acreditar la concurrencia de los presupuestos procesales y del derecho al despacho de ejecución, así como de delimitar el ámbito personal y objetivo de la ejecución (art. 551.2 LEC) no sean imprescindibles y, por tanto, que tampoco lo sean la oposición a la ejecución por motivos procesales (que pretende, ante todo, discutir la capacidad o

---

<sup>439</sup> La reforma por la ley 13/2009 del art. 556.1 de la LEC hizo desaparecer de las causas de oposición de fondo los pactos o transacciones acreditados mediante documento público dejando el cumplimiento debidamente documentado como única causa de oposición de fondo a la ejecución de la sentencia. La oposición motivada por pacto o transacción (y por caducidad de la acción ejecutiva) ha sido recuperada por la ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.

<sup>440</sup> Siempre será posible que el arrendatario haya venido a mejor fortuna, justamente, en el último momento, o que haya obtenido colaboración de terceros que, precisamente por su situación desesperada, decidan echarle una mano.

representación de ejecutante y ejecutado, así como la suficiencia del título para amparar la ejecución despachada: art. 559.1 LEC) o los recursos por exceso o defecto en la ejecución (art. 563 LEC). Es muy difícil que se produzcan cambios relevantes en los presupuestos procesales relativos a las partes (el carácter o representación del ejecutante o ejecutado), máxime si se tiene en cuenta que la ejecución directa sólo podrá beneficiar a quien fue demandante de desahucio (por ser éste quien, acumuló la pretensión ejecutiva en su demanda de desahucio) y no a otro sujeto cuya capacidad, legitimación o postulación deba comprobarse *ex novo*. La regularidad del título queda garantizada igualmente por ser el mismo tribunal que dicta la sentencia de desahucio el que procede, sin solución de continuidad, a su ejecución.

En tercer lugar, la «ejecución directa» se plantea, implícitamente, como una actividad de ejecución simple en su contenido e instantánea en su duración, a desarrollar en día y hora señalados con la sola presencia de la Comisión judicial. Cuenta con la realidad estadística de un gran número de desalojos en que al acudir la Comisión al inmueble el ocupante ya lo ha desalojado, limitando la Comisión a hacer constar tal circunstancia y a entregar la posesión al demandante (mediante el cambio de cerradura, por ejemplo). Esta es la actividad que, a juicio del legislador, por su carácter típico y puramente material no necesitaría de un decreto especificativo de medidas de ejecución (como, sin embargo, prevé, con carácter general, el art. 552.3 LEC y, con carácter específico para la entrega de inmuebles, el art. 703.1 LEC).

Ahora bien, los anteriores argumentos explican (e incluso justifican) el diseño legal de la actividad de ejecución directa hasta el momento de la diligencia de lanzamiento. Pero una vez desplazada la Comisión judicial al inmueble y durante el transcurso de la diligencia correspondiente (momento sobre el cual el régimen de la «ejecución directa» nada dice como, por otra parte, tampoco lo hacen las normas generales reguladoras de la ejecución para entrega de bienes inmuebles<sup>441</sup>) el órgano ejecutor deberá tener en

---

<sup>441</sup> Salvo por lo que respecta al incidente de audiencia de terceros previsto en los arts. 704.2 y 675 LEC o los incidentes relativos a bienes muebles, deterioros y mejoras de los arts. 703 y 704 LEC, que no son parte integrante del lanzamiento propiamente dicho. Sobre esto *vid. infra*, segunda parte.

cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso concreto y valorar a su vista la procedencia de una actividad procesal diversa a la prevista (o presupuesta) con carácter típico y estandarizado (entrada en el inmueble con auxilio —en su caso— de un cerrajero; constancia del abandono; comprobación y constancia del estado del inmueble —de solicitarlo el interesado—; cambio de cerradura como forma de entrega al demandante...) interrumpiendo la diligencia para que el secretario judicial pueda dictar los decretos de concreción de medidas ejecutivas que sean necesarios: cursar oficio a la policía judicial, a los servicios sociales, de menores, etc. Estos decretos podrán ser objeto, ahora sí, de recurso de revisión ante el juez conforme a los arts. 551.5 y 563 LEC. Incluso si la Comisión contase en la fecha señalada con la asistencia policial (por estar esta asistencia protocolizada) ante la presencia de ocupantes y en función de las circunstancias concurrentes la Comisión deberá interrumpir la diligencia para permitir al secretario pronunciarse con base en la información recibida y aplicando el principio de proporcionalidad, acodando la suspensión y las medidas oportunas para poder continuarla, procediendo a un nuevo señalamiento. De no entenderlo así, la ejecución directa podrá producir una indefensión del ejecutado incompatible con los diferentes derechos constitucionales susceptibles de lesión durante un lanzamiento e incluso con el propio derecho a la tutela judicial efectiva del demandado que en el curso de un proceso verá perjudicados sus derechos a la integridad física, a la vida privada u otros derechos fundamentales sin ocasión de ser oída, imparcialmente, por el tribunal ejecutor.

Entendemos, resumiendo, que la ejecución directa que se introduce para sentencias dictadas en juicios de desahucio (o los decretos dictados tras el trámite monitorio endicho proceso) por expiración del plazo arrendaticio o por falta de pago no excluye la cognición y la contradicción propias —también— del proceso de ejecución, sino que las pospone hasta el momento de realización de la diligencia de lanzamiento. La ejecución directa (o lanzamiento directo) incurrirá en inconstitucionalidad (vulnerando el derecho a un proceso con todas las garantías así como otros derechos fundamentales a los que éste puede servir instrumentalmente al consentir la aplicación del principio de proporcionalidad y el derecho de audiencia de las partes) de no interpretarse, en el sentido expuesto y no admitirse que el tribunal, una vez iniciada la diligencia de lanzamiento, puede, de oficio o a

instancia de parte, con interrupción de la diligencia de ejecución programada, resolver de manera circunstanciada sobre las medidas apropiadas para reanudarla.

*Primera.*— El proceso es una institución jurídica cuya función (la jurisdicción) consiste en la realización acertada y eficaz del orden jurídico que las normas expresan y la satisfacción del interés de parte consustancial a dicho orden. Su razón de ser descansa en la propia naturaleza del fenómeno de aplicación del derecho, que requiere enfrentar exigencias (conflictos o litigios) de orden cognoscitivo (derivadas de la incertidumbre o indeterminación relativa al sentido y alcance de las prescripciones normativas y de los hechos ante los que se aplican) y de orden volitivo (derivadas de la resistencia de los destinatarios de la norma al reconocimiento de los imperativos que ésta impone y a su cumplimiento). La relevancia de la función expuesta y su dependencia de la propia naturaleza de las normas justifica y explica que todo ordenamiento jurídico, e irrenunciablemente el ordenamiento propio de un Estado de Derecho, asuman la función indicada y dediquen a su cumplimiento un sector de sus normas (Derecho procesal).

*Segunda.*— Para cumplir la función encomendada de acierto y eficacia en la aplicación de las normas, el Derecho procesal debe responder a determinados principios y regular conforme a ellos los instrumentos jurídicos adecuados. Tales principios e instrumentos, producto de una decantación histórica, han sido consagrados por las leyes de enjuiciamiento, adquiriendo, en el Estado de Derecho, rango constitucional. Entre tales principios se cuentan el principio dispositivo que exige que sean las partes interesadas las que postulen ante el tribunal sus aspiraciones de aplicación del derecho (pretensiones); el principio de imparcialidad del tribunal que ha de resolver sobre dichas pretensiones; el principio por el que se considera toda pretensión de tutela jurídica constituye una cuestión discutible incierta y conflictiva (litigiosa), necesitada, como tal, de una actividad de cognición para resolver sobre la misma; el principio del contradictorio, como mecanismo que garantiza la posibilidad de acceso de ambas partes en igualdad de armas a la formación de voluntad del tribunal respecto a la resolución del conflicto y el principio de eficacia de la tutela dispensada a través de los atributos que el ordenamiento procesal atribuye a la aplicación del derecho mediante sentencias: certeza, autoridad y estabilidad de lo resuelto; una vez



firmes, inmutabilidad de lo resuelto (cosa juzgada); y tratándose de sentencias de condena, ejecutividad y efectiva ejecución mediante el empleo de la sustitución y la coerción.

*Tercera.*— El proceso de ejecución tiene origen, como punto de partida y elemento que lo diferencia del proceso declarativo, en una pretensión de tutela peculiar: la pretensión ejecutiva, esto es, una pretensión de satisfacción con fundamento en un derecho (acción) que el ordenamiento presume existente, válido y eficaz a partir de un documento (título ejecutivo) y al que corresponde un deber de prestación a cargo de un deudor que no ha accedido a su cumplimiento voluntario y que queda, por ello, sujeto (responsabilidad) a la inmisión coactiva y sustitutiva del tribunal en su esfera jurídica. Pese a su peculiar fundamento en presunciones derivadas del título y del derecho a la actuación de su eficacia desde su mismo arranque del proceso con el despacho de ejecución (derecho al despacho de ejecución), la pretensión ejecutiva hacer surgir (al menos potencialmente) una incertidumbre cognoscitiva (conflicto o litigio) propia de todo proceso. Esta incertidumbre se manifiesta en diversos aspectos: la regularidad de la propia relación procesal creada para su satisfacción (la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales, incluida la regularidad formal del propio título); la subsistencia o eficacia del fundamento del despacho de ejecución y la actuación desplegada: la acción ejecutiva; la concreta proyección del derecho que el título consagra sobre la esfera jurídica del demandado (y de terceros) teniendo en cuenta los derechos que protegen dicha esfera jurídica (y la de los terceros) conforme a los principios de derecho material y de proporcionalidad. La resolución de toda esta conflictividad inherente a la actividad ejecutiva requiere una actividad judicial de cognición y consiguiente resolución para la que son necesarias las garantías y estructuras típicas del proceso y, fundamentalmente, la audiencia bilateral de las partes.

Las garantías que ofrece el proceso de ejecución para la realización acertada del derecho a partir de la pretensión ejecutiva adquirieren una fisonomía propia en función de la garantía de eficacia a la que de modo muy específico (debido al amparo que el título proporciona a la posición del demandante) debe responder.

Por ello, el inicio de la actividad conducente a la satisfacción comienza desde el mismo inicio del proceso, una vez comprobada, *inaudita parte*, la regularidad formal del título y la concurrencia de los presupuestos procesales (derecho al despacho de ejecución); las posibilidades de contradicción surgen con carácter reactivo o diferido, siendo necesaria la formulación de una impugnación, oposición a la ejecución o la interposición de recursos frente a las decisiones adoptadas *inaudita parte*; se procede a la realización de actos de coerción cuando sean necesarios, forzando o prescindiendo de la voluntad del demandado; se garantiza la persistencia en la ejecución hasta la completa satisfacción del acreedor (incluso mediante una novación objetiva); se garantiza la preferencia por la ejecución específica.

*Cuarta.*— Entre las incertidumbres que el proceso de ejecución origina y que el tribunal debe resolver se encuentran tanto la relativa a la identificación de aquellos aspectos de la esfera jurídica del deudor que deben y pueden ser afectados por la ejecución merced a la responsabilidad (sea con carácter directamente satisfactivo del acreedor, sea como instrumentos indirectos de dicha satisfacción) como la relativa a la determinación de los medios con que tal afectación debe producirse. La resolución de tales cuestiones requiere la aplicación de normas de derecho material, en ocasiones de rango constitucional, que regulan la protección de la esfera jurídica del deudor (principio de derecho material) así como de normas procesales que regulan los medios de ejecución. Las normas materiales las de rango constitucional protectoras de posiciones de derecho fundamental, condicionan, por consiguiente, las decisiones adoptadas en el proceso: bien por quedar reflejadas en las normas procesales concretas (que deben en tal caso ser interpretadas a la luz de las normas constitucionales que las fundamentan), bien porque las normas procesales dejan al tribunal un amplio margen interpretativo para invocar y aplicar tanto reglas constitucionales prohibitivas (garantizadoras del respeto al contenido esencial de los derechos) como principios constitucionales (en cuanto mandatos de optimización de determinados resultados) protectores de posiciones de derecho fundamental de demandante y demandado que el tribunal debe ponderar a través del principio de proporcionalidad.

*Quinta.*— El principio de proporcionalidad tiene particular relevancia para el tribunal en aquellos casos, como son los de lanzamiento, en que la selección de medios ejecutivos adecuados para alcanzar la tutela debida al demandante ha quedado en gran medida indeterminada por la ley procesal que la encomendado al tribunal (art. 703.1 LEC). Al tribunal corresponde realizar una adecuada selección (en función de los hechos del caso y previa ponderación de derechos —reglas y principios— implicados) de aquellos medios ejecutivos que siendo eficaces para tutelar el derecho del acreedor salvaguarden en el mayor grado posible los derechos fundamentales del ocupante del inmueble (incluidos sus derechos económicos y sociales) y dejando indemne, en todo caso, el núcleo de su esfera jurídica constitucionalmente protegida en la que se ubica su existencia y dignidad (vida, seguridad, intimidad...) y que resulta especialmente protegida por el instrumento del contenido esencial del derecho. Además de la selección de los medios de ejecución, corresponde al tribunal verificar que en el momento de materialización de los mismos (en el estadio último de especificación de la norma, es decir, durante la diligencia de lanzamiento) se mantiene la proporcionalidad requerida.

*Sexta.*— Extrapolando la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, la garantía de proporcionalidad exigida en la adopción y puesta en práctica de medidas de ejecución restrictivas de un derecho fundamental requiere satisfacer simultáneamente tres subcriterios:

a) Criterio de adecuación de las medidas de ejecución: en la selección de medios para la ejecución el tribunal no debe seleccionar (y deberá interpretar en tal sentido las normas que regulan dicha selección) aquellos que siendo restrictivos para derechos fundamentales del demandado no sean adecuados para conseguir su objetivo. Los medios deben ser idóneos por sus características intrínsecas (idoneidad cualitativa), no siéndolo aquellos que restringen un derecho del demandado sin proporcionar al demandante la satisfacción a la que tiene derecho; deben ser, asimismo, idóneos por su intensidad (idoneidad cuantitativa), no siéndolo cuando una mayor intensidad de la medida no pueda redundar ya en una mayor satisfacción para el acreedor.

b) Criterio de necesidad de las medidas de ejecución: en la selección de medios de ejecución el tribunal no debe seleccionar (y debe interpretar en tal sentido las normas que regulan dicha selección) determinados medios existiendo otros que sean menos gravosos y que permitan alcanzar el mismo resultado. No obstante, en la selección de los medios menos gravosos el tribunal sólo puede tener en cuenta aquellos medios de los que puede disponer fácticamente y no cualesquiera medios hipotéticos e irreales. Ahora bien, entre tales medios al alcance del tribunal se cuentan aquellos de dispongan las Administraciones públicas que quedarán sometidos a la ejecución en virtud del art. 118 CE (y 17 LOPJ), correspondiendo al tribunal su requerimiento (mediante oficio) y su dirección en el marco del proceso. El criterio de necesidad permite dejar sin efecto normas preconstitucionales que prevean medios que no se acomoden al citado principio. Si las normas son postconstitucionales el tribunal podría acudir a medios alternativos a los previstos legalmente siempre que fueran igualmente efectivos y estuvieran disponibles para el tribunal en los términos expuestos.

c) Criterio de proporcionalidad en sentido estricto de las medidas de ejecución: el tribunal no debe seleccionar medios para la ejecución cuya eficacia para la misma no esté en proporción con la gravedad de la restricción que sufren los derechos del ocupante. De este modo, no sería conforme al principio de proporcionalidad una restricción muy grave con la que el acreedor sólo obtuviese un mínimo incremento en su satisfacción. Para considerar la gravedad de una determinada restricción deben tomarse en consideración, por una parte, los efectos que pueda causar una determinada medida de ejecución o una concreta forma de implementarla, considerando, a este respecto, tanto los efectos directos de la medida (resultado natural e inmediato de la propia medida) como los indirectos (resultado de la confluencia de la medida con otras circunstancias existenciales o vitales de los demandado) y tanto los producidos sobre el ejecutado como los producidos sobre su familia y aun sobre terceros (todos ellos titulares de derechos fundamentales); por otra parte, deberá considerarse la repercusión que para la tutela del ejecutante tendría la privación de un determinado medio de ejecución y el consiguiente retraso en su satisfacción.

*Séptima.*— El régimen legal del proceso de ejecución garantiza la contradicción, en su forma diferida o reactiva, es decir, a partir de la iniciativa de la parte que desea ser oída formulando impugnación de las resoluciones que la perjudican. La impugnación alcanza a todo aquel aspecto litigioso no resuelto por el título con carácter *iuris et de iure*: la procedencia de la ejecución en sí misma considerada (despacho de ejecución), el alcance que se otorga a la satisfacción debida (en la orden general de ejecución o en los decretos de concreción de medidas ejecutivas), la extensión que se atribuye a la responsabilidad que ha de hacerse efectiva y los medios seleccionados para ello (determinados por la orden general de ejecución y, sobre todo, los decretos de concreción de medidas ejecutivas), o la forma de materialización y puesta en práctica de las actividades requeridas (actividades materiales de ejecución). Las formas de impugnación consisten en la oposición al despacho de ejecución (por razones procesales o de fondo); la interposición de recursos de reposición y de apelación frente a la orden general de ejecución; los recursos de reposición y de revisión (o el directo de revisión) frente a los decretos de concreción de las medidas ejecutivas (arts. 551.5, 562.1 y 563 LEC) o mediante escritos de impugnación frente a actos materiales de ejecución no amparados por resoluciones procesales (art. 562.1.3.º LEC). Los decretos que para concretar medidas ejecutivas sean dictados con posterioridad al decreto inicial a que alude expresamente el art. 551 LEC, deben poderse recurrir como aquél si tienen contenido similar (concreción de los medios de ejecución e, indirectamente, determinación de la responsabilidad del deudor).

*Octava.*— La suspensión de la actividad de ejecución con ocasión de la interposición de recursos procede sólo si se acreditan perjuicios de difícil reparación y se presta caución adecuada (art. 567 LEC). También el medio del escrito impugnatorio previsto en el art. 563.1.3.º LEC frente a vías de hecho sin amparo en una resolución procesal previa debe permitir la suspensión del acto impugnado con los mismos requisitos que cuando se trata de la impugnación a través de recursos (justificación de perjuicios y caución adecuada); sin embargo, para que el tribunal pueda comprobar la existencia de los perjuicios invocados y la necesidad y cuantía de la caución requerida, será necesaria la interrupción del acto material cuestionado y ya en curso de ejecución ante el anuncio de la parte afectada por el acto material de interponer el escrito que exige el art. 562.1.3.º

LEC. La anterior conclusión queda reforzada para el caso de alegarse como fundamento de la suspensión la posible vulneración de derechos fundamentales. De la prestación de caución para lograr la suspensión deben quedar eximidos los beneficiarios del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Con motivo de la oposición a la ejecución de resoluciones procesales y laudos no se suspende «el curso de la ejecución» (arts. 556.2 LEC); sin embargo, debemos distinguir este «curso» de la ejecución (la secuencia de actos, el tracto sucesivo, que conduce hacia la satisfacción del acreedor), que, en garantía de la eficacia, no debe suspenderse mientras se discute el fundamento de la ejecución (los presupuestos procesales o la pervivencia y eficacia de la acción ejecutiva); del «resultado» de la ejecución o consumación de la ejecución (producido por el acto definitivo a partir del cual la producción de perjuicios de difícil reparación es ya inevitable) que sí debe poder suspenderse (como pueden suspenderse actos concretos de ejecución).

*Novena.*— Es conforme al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocida en el art. 6 CEDH, la existencia de sistemas de ejecución forzosa de carácter administrativo o cuasi-administrativo, al margen, por consiguiente, de las garantías que acompañan al proceso como instrumento de la jurisdicción. Sin embargo, habiendo establecido la Constitución Española de 1978 que la ejecución forma parte de la jurisdicción (art. 117.3 CE), en nuestro sistema es exigible la concurrencia en la ejecución de todas las garantías que la identifican y, singularmente, su desarrollo mediante la estructura procesal, sin que puedan relegarse sistemáticamente a ulteriores procesos revisores cualesquiera garantías derivadas del art. 24 CE.

*Décima.*— La atribución a los secretarios judiciales de numerosas resoluciones procesales ejecutivas, singularmente en la ordenación de la actividad procesal necesaria para proporcionar satisfacción al acreedor (determinando por esta vía indirecta la responsabilidad del deudor y la constricción que debe sufrir su esfera jurídica con aplicación del principio de proporcionalidad), supone un riesgo de desjudicialización y, por consiguiente, plantea dudas de constitucionalidad, pues

supone atribuir el ejercicio de funciones procesales y jurisdiccionales (interpretación y aplicación del ordenamiento) a quienes no son jueces o magistrados independientes (como exige el art. 117.1 CE), sino funcionarios dependientes jerárquicamente del Poder ejecutivo. Del mismo modo, el funcionamiento semi-autónomo respecto del tribunal ejecutor de los Servicios Comunes Procesales (igualmente jerarquizados en el seno de la Administración de Justicia) plantea dudas similares. Contribuye a estas dudas el sometimiento de Secretarios y demás funcionarios de la Oficina judicial a protocolos de actuación emanados de los Secretarios de Gobierno.

No obstante, si se contempla la cuestión en su sustancia, desde el punto de vista de las garantías procesales que reclama la jurisdicción (como función de aplicación acertada y eficaz del derecho), no existe necesariamente merma de las mismas puesto que, en primer lugar, los secretarios judiciales se integran en los órganos jurisdiccionales y sirven a su función jurisdiccional, por lo que su vinculación jerárquica al Poder ejecutivo queda matizada por el sometimiento pleno a las normas y garantías procesales que rigen su actuación, y, en segundo lugar, porque aquellas decisiones que puedan afectar a los derechos de las partes (sobre todo restringiendo indebidamente la esfera jurídica del demandado o reduciendo el alcance de la ejecución debida al acreedor) son susceptibles de revisión por el titular del órgano jurisdiccional (conforme a los arts. 551.5 y 563.2 LEC, respectivamente). El sometimiento de la actuación ejecutiva a protocolos de servicio se ve, asimismo, matizada por el sometimiento de tales protocolos a directrices emanadas del Consejo General del Poder Judicial.

*Decimoprimeramente.*— La denominada «ejecución directa» de sentencias de desahucio, introducida en el texto originario de la ley mediante sucesivas reformas, debe ser interpretada de conformidad con la Constitución, de modo que se salvaguarde el carácter jurisdiccional que ésta reconoce a la ejecución forzosa. A pesar de que las normas de ejecución directa que la reforma introduce prescinden de todo trámite intermedio entre la sentencia de desahucio y la actividad material de ejecución (la diligencia de lanzamiento) el tribunal debe conservar la potestad (jurisdiccional) de ponderar la repercusión que ha de causar el lanzamiento en la esfera jurídica de los ocupantes del inmueble desalojado (o de terceros) y así

moderar los medios de ejecución ateniéndose a los principios de derecho material y de proporcionalidad; las partes, a su vez, deben disponer de oportunidades para hacerse oír por el tribunal en defensa de sus posiciones y derechos (*audiatur et altera pars*), sea mediante alegaciones ante la Comisión judicial, sea mediante recursos. No obstante, por exigencias de la nueva regulación, tales oportunidades habrán de situarse en el transcurso de la propia diligencia de lanzamiento, con interrupción y suspensión, en su caso, de la misma. En efecto, la interrupción procederá de oficio en caso de apreciar la Comisión judicial la falta de los medios oportunos para el éxito del desalojo o si alguna de las actividades a realizar, no avalada expresamente por un decreto de concreción ejecutiva debidamente notificado a las partes (que, por definición, no existe en el lanzamiento directo), suponga, atendidas las circunstancias del caso, la posibilidad de lesión de derechos fundamentales de los ocupantes; en tales casos, tras la interrupción de la diligencia se requiere el pronunciamiento expreso del secretario judicial dictando un decreto de concreción ejecutiva (susceptible, una vez notificado, de recurso por las partes) en el que acordando la suspensión de la diligencia y, en caso de ser posible, señalando nueva fecha para su práctica, ordene las medidas ejecutivas procedentes (art. 703.1 LEC) para la entrega del inmueble. Si la Comisión no interrumpe de oficio la diligencia será el abogado del demandante o del ocupante o ellos mismos en caso de no ser requerida su presencia quienes deban formular la solicitud de interrupción de la diligencia con base en su intención de interponer un escrito impugnatorio de la actividad ejecutiva en los términos del art. 562.1.3.º y, simultáneamente, su suspensión en los términos del art. 567 LEC aplicado analógicamente.





---

**Delimitación conceptual del lanzamiento**



El lanzamiento, objeto de nuestro estudio bajo la especie de lanzamiento de vivienda, es un concepto jurídico que ni resulta definido por la ley, ni su regulación legal permite delimitarlo con nitidez. Los arts. 703 y 704 LEC (dedicados a la entrega de bienes inmuebles en el proceso de ejecución), regulan algunos de sus aspectos, sin dar una definición legal ni establecer un concepto general y preciso. También mencionan el lanzamiento, regulando aspectos parciales del mismo, los arts. 21 (al regular el allanamiento en el libro dedicado a las disposiciones generales relativas a los juicios civiles —título IV de libro I LEC—), 437.3, 440.3 y 4 y 447.1 (al regular el juicio verbal — de desahucio— en el libro dedicado a los procesos declarativos —título III del libro II LEC—), el art. 449.1 (en sede de recursos —título IV del libro II LEC—); el art. 549.3 (en sede de disposiciones generales relativas a la ejecución —título III del libro III LEC—), el art. 675.2 y 3 (al regular la subasta de bienes inmuebles en la sede correspondiente al procedimiento de premio, —sección 6.<sup>a</sup>, título IV, libro III LEC—) y en el apartado tercero de la DA. 5.<sup>a</sup> (reguladora de medidas de agilización de los juicios civiles iniciados ante las Oficinas de Señalamiento Inmediato); pero ninguno de estos artículos precisa en qué consiste la actividad procesal así denominada. A la tarea de delimitar tal concepto hemos dedicado el primer capítulo de los dos en que se divide esta segunda parte de nuestro trabajo.

Empezaremos analizando el significado que se atribuye al término «lanzamiento» en el lenguaje no técnico, pues para la comprensión del sentido atribuido por la ley a un término, sobre todo cuando dicho término no aparece definido en la propia ley, el Código Civil exige atender al «sentido propio de sus palabras» (art. 6.1 CC). El lanzamiento se presentará, desde esta perspectiva, como una actividad material de desplazamiento o alejamiento forzoso o coactivo de un sujeto respecto de un lugar o inmueble. A esta noción inicial, sin embargo, debemos añadir matizaciones que vienen exigidas por el contexto normativo en el que el término es usado (criterio sistemático de interpretación, con especial relevancia a las exigencias derivadas de la Constitución —arts. 53 y 9.1 CE y art. 5 LOPJ—) y por la función jurídica que cumple la institución así denominada en el sistema de ejecución forzosa (criterio teleológico).

Los criterios sistemático y teleológico permiten matizar el concepto de lanzamiento desde dos perspectivas complementarias. Por un lado, destacan que el lanzamiento es una actividad jurídica que el demandante pretende (del tribunal) o, dicho de otro modo, la actividad jurídica con la que el demandante aspira a satisfacer procesalmente su derecho tal como ha sido reconocido en un título ejecutivo; por otro lado, que se trata de una actividad jurídica orientada a la realización acertada y eficaz del derecho (jurisdiccional), lo que conlleva considerar no sólo la satisfacción del demandante sino también la valoración y protección de los bienes y derechos del demandado y, por consiguiente, la oportunidad para ambas partes de ser oídas por el tribunal (*audiatur et altera pars*). Las dos perspectivas son necesarias si queremos abarcar el completo significado de la institución jurídica calificada en la LEC como lanzamiento siendo fieles a la concepción de la ejecución como proceso que hemos sostenido en la primera parte de este trabajo.

En cuanto actividad jurisdiccional (procesal) pretendida por el demandante, el lanzamiento forma parte de la ejecución forzosa como instrumento de garantía de una tutela eficaz de los derechos consagrados en el título jurídico ejecutivo. Esta perspectiva es la más cercana al significado que recibe el término «lanzamiento» en el lenguaje usual e incluso al empleo que de él se hace en la práctica forense y en la doctrina (como actividad judicial puramente coercitiva). A la noción de desplazamiento forzoso de un sujeto respecto de un inmueble (que proporciona el uso común del lenguaje) esta perspectiva (actividad jurisdiccional que tiende a la satisfacción del demandante) añade la intervención judicial como agente de tal desplazamiento locativo y la satisfacción jurídica del titular como fundamento y finalidad de la misma. Tal perspectiva puede descubrirse, a su vez, en el análisis superficial de los artículos que regulan la entrega de bienes inmuebles, entre ellos los que establecen el régimen de la diligencia de lanzamiento.

La segunda perspectiva, el lanzamiento como actividad jurisdiccional (procesal) de aplicación acertada del derecho, exige trascender la regulación concreta (pero fragmentaria e incompleta) contenida en la LEC y contemplar el lanzamiento en el contexto de la totalidad del proceso de ejecución como una modalidad de proceso con todas las garantías, es decir, una modalidad del debido proceso (esto

es, considerar la ejecución como actividad materialmente jurisdiccional), el cual no puede prescindir de las características que garantizan el acierto y justicia de la aplicación del derecho que procura. Desde esta perspectiva, el lanzamiento, como tal actividad procesal (etapa o fase de un proceso de ejecución), no puede sustraerse de las incertidumbres que surgen en el *iter* que lleva de la pretensión a la satisfacción, y comprende, en su propio concepto, la tarea de resolución de tales incertidumbres mediante las oportunas resoluciones, previa cognición, con sujeción al principio de proporcionalidad y dando oportunidad a la audiencia de las partes a través de los correspondientes medios de impugnación. De este modo, el lanzamiento no es únicamente actividad del tribunal sino también de las partes y no sólo de sustitución y coerción material sino también actividad de cognición y resolución. En resumen, no es mera actividad de satisfacción del acreedor sino un verdadero proceso al servicio de la aplicación acertada del derecho.

Al realizar nuestro análisis del concepto de lanzamiento tendremos presentes las reformas que en esta materia ha sufrido la LEC de 2000 a través de sucesivas leyes: Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la Venta de Bienes de Consumo (nueva redacción del párrafo tercero del art. 440; nuevo párrafo 4 en el art. 704); LO 19/2003, de 23 diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (nueva DA. 5.<sup>a</sup>), Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios (nuevo apartado 3 del art. 21; nueva redacción al apartado 3 del art. 437 y al apartado 3 del art. 440; nueva redacción al apartado primero del art. 447; nuevos apartado 3 y 4 del art. 549 LEC y nueva redacción al apartado 4 del art. 703) y Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (modificación del art. 440 con introducción de un nuevo apartado 4 y nueva redacción del apartado tercero, nueva redacción al art. 449). Todas estas reformas han incorporado en la LEC una modalidad alternativa del lanzamiento: el «lanzamiento directo» que puede seguirse para la ejecución de las sentencias de desahucio.

Una vez delimitado positivamente el concepto de lanzamiento abordaremos en el segundo capítulo de esta parte del trabajo la delimitación negativa del concepto.

No puede olvidarse, al tratar de definir la noción de lanzamiento, que éste ha sido construido sobre el modelo de la regulación que de la ejecución de sentencia de desahucio hicieron las leyes de 1855 y 1881. Por esta razón, por lo que su regulación contempla, como ya hacían aquellas, la posibilidad de acumular a la de lanzamiento otras pretensiones de naturaleza declarativa, regulando la actividad procesal necesaria para resolverlas y armonizando esta actividad con la propia de lanzamiento. Pueden ser tanto pretensiones del demandante (la retirada de los bienes muebles que embarazan la finca o la de indemnización de los daños ocasionados por el demandado a la finca) como pretensiones del demandado: de abono de ciertas mejoras (plantaciones o instalaciones) efectuadas en la finca. Conviene determinar la naturaleza jurídica de tales pretensiones y de la actividad procesal a que dan lugar para responder a las mismas, distinguiéndola del lanzamiento para evitar que oscurezcan la verdadera función y régimen específico de este último. Esta prevención o delimitación negativa se hace particularmente necesaria habida cuenta que dichos objetos acumulados reciben más atención del legislador (y muchas veces de la doctrina) que el propio lanzamiento.

Con la misma función delimitadora nos ocuparemos también en el segundo capítulo del incidente que contiene la LEC para determinar la posición procesal de aquellos ocupantes del inmueble que no figuran en el título ejecutivo (art. 704.2 LEC con remisión al art. 675 LEC). El mencionado incidente permite, por una parte, confirmar la naturaleza de la ejecución forzosa como verdadero proceso dotado de mecanismos de contradicción (y, en este sentido, ha resultado una aplaudida innovación de la LEC), pero, por otra parte, puede, al igual que hacen los objetos secundarios acumulados, desviar la atención de la actividad de lanzamiento propiamente dicha, dando a entender que la actividad de cognición, contradicción y resolución en el proceso de ejecución se articula sólo mediante incidentes (o, peor aun, sólo mediante este incidente). Sostenemos, por el contrario, que el lanzamiento, incluso despojado de objetos acumulados y al margen de los incidentes que permiten delimitar su ámbito subjetivo, sigue siendo actividad dotada de todas las garantías propias del proceso. La delimitación negativa del lanzamiento, distinguiéndolo de otros objetos y trámites procesales que se acumulan y confunden procedimentalmente con él será esencial para ello.

**Delimitación positiva del concepto de lanzamiento**

---

1. El término «lanzamiento» (343)	
2. Lanzamiento como prestación jurisdiccional (349)	
2.1. Prestaciones de dación o entrega de bienes. ....	350
2.2. Entrega como transferencia de la posesión.. ....	353
2.3. Entrega como transferencia de titularidad. ....	363
2.4. Lanzamiento como entrega judicial de la posesión inmediata de inmuebles. ....	369
2.5. Medios de entrega posesoria que comprende el lanzamiento. ....	374
2.6. Selección de los medios de entrega: eficacia y proporcionalidad.. ....	393
3. Lanzamiento como fase del proceso de ejecución (399)	
3.1. La actividad de lanzamiento como actividad de garantía.. ....	399
3.2. Consecuencias de la concepción del lanzamiento como fase procesal. ....	401
3.3. Procesos en los que se inserta una fase de lanzamiento. ....	405
3.3.1. Lanzamiento en procesos de ejecución no dineraria. ....	405
3.3.2. Lanzamiento en procesos de ejecución dineraria.. ....	434

---

**1. El término «lanzamiento»**

Según primera acepción que de la palabra *lanzamiento* nos ofrece del Diccionario de la Real Academia Española<sup>1</sup>, éste es la «acción y efecto de lanzar una cosa»<sup>2</sup>, siendo *lanzar* sinónimo de *arrojar* o *expulsar*. Es un sustantivo formado a partir de un verbo para expresar bien la misma acción expresada por el verbo pero contemplada como concepto, bien el resultado de tal acción. El verbo del que procede es un verbo personal, pues siempre hay «un sujeto» que lanza y es, además, un verbo transitivo, lo que nos indica que la acción del verbo recae sobre «una cosa» que se arroja o lanza, distinguiendo el acto de lanzar del objeto lanzado. Esta naturaleza personal y transitiva del verbo sirve de guía para acceder a dos de las claves del sentido (común, pero también jurídico) de esta palabra: la

---

<sup>1</sup> Vigésimo segunda edición, Real Academia Española, 2001.

<sup>2</sup> En el mismo sentido, «acción de lanzar o arrojar una cosa» (CASARES, Julio, *Diccionario ideológico de la lengua española*, Ed. Gustavo Gili, Barcelona, 1989 (2.ª ed.;1.ª de 1959). Según el Diccionario de MARÍA MOLINER «acción de lanzar» (*Diccionario de uso del español*, Gredos, Madrid, 1998).



distinción entre el agente y el objeto; el sujeto que lanza y aquello que es lanzado<sup>3</sup>. El sentido etimológico de la palabra refuerza esta idea, pues originariamente lo lanzado es el arma, la *lanza*<sup>4</sup>.

Por otra parte, el hecho o acto del lanzamiento supone, para el objeto lanzado, un desplazamiento que inviste la palabra con un sentido locativo: el objeto se aleja del lugar en que se encuentra: así lanzar adquiere el sentido de «echar; hacer salir»<sup>5</sup> (de algún lugar). Es decir, se destaca que aquello que se desplaza o mueve lo hace a partir de un origen del que se lo echa o hace salir. En resumen, el sentido genérico y el sentido etimológico del término permiten distinguir un elemento objetivo (lo que se desplaza) o sujeto paciente (quien sufre la expulsión), otro locativo (el lugar de origen del desplazamiento) y un tercero, agente (la fuerza impulsora que proporciona el desplazamiento respecto de aquel origen)<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Algunas definiciones insisten en la fuerza impulsora y el objeto impulsado, así, MARÍA MOLINER: «hacer que una cosa salga disparada impulsándola con la mano, con un dispositivo o mecanismo, con un explosivo o con un golpe» y, en segunda acepción, «acciones que se producen con esfuerzo o violencia».

<sup>4</sup> Según COROMINAS, el término procede del latín tardío *lanceare* «manejar la lanza», siendo, *lancea* (lanza), palabra común a todos los romances de occidente y posiblemente un término oriundo de España, quizá, voz celtibérica —según Varrón—. Ya desde la Edad Media y durante el Siglo de Oro, el término *lanzar* se usa en el sentido de «arrojar una lanza» o, en el más genérico de «arrojar con fuerza» (Corominas, Joán y Pascual José A., *Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico*, vol. III (G-MA), Editorial Gredos, Madrid, 1989). Para CUERVO, el uso inicial referido a la lanza se generaliza a armas arrojadas con el significado de dispararlas, lo que, aplicado a cualquier tipo de cosas, significa «impeler con violencia una cosa, de modo que recorra una distancia movida del impulso que ha recibido, arrojar». Finalmente, espiritualizando la anterior acepción, se puede aplicar a ideas, conceptos o palabras: «emitir, poner en circulación (particularmente dicho de voces, ideas, juicios, opiniones; Pronunciar, proferir» (Cuervo, R. J., *Diccionario de Construcción y régimen de la lengua castellana*, Tomo VI (L-N), Instituto Caro y Cuervo, Santa Fe de Bogotá, 1993).

<sup>5</sup> En este sentido, de echar o hacer salir de un lugar, CUERVO ejemplifica su uso a partir del siglo XVI.

<sup>6</sup> Diversos verbos latinos expresaron esta idea de desplazamiento locativo por la fuerza impelida por un agente, incluso en el ámbito jurídico. El verbo transitivo *iāō, -ēre, -iēcī, iāēcō* expresa la idea de arrojar (piedras: lapides; rayos: fulmina); al unirse la partícula *ex*, expresiva del origen, se forma el verbo *āō -ēre, -iēcī, iectum*, con uso jurídico: «ex possessione vi eiectus» (siglo III AC, *Corpus Inscriptionum Latinarum*, Berlín, 1863, I, 585.18). A partir del anterior se forma el frecuentativo *āctō, -āre -āvī, -ātum*, verbo transitivo, origen del francés *éjecter*, del inglés *to eject* y del español «echar»; la forma sustantivada de este último: *iectio, onis* da lugar, en francés e inglés, a *ejection*, usado con sentido jurídico de lanzamiento en esas lenguas. De *iacio* también se forma *deicio, -ere, -ieci, iectum*, verbo transitivo («saxo Tarpeio deicio»: arrojar desde lo alto de la roca Tarpeia); y el sustantivo *deiectio, -onis*, aplicables a la posesión: «qui illam vim deiectionemque fecerit» (Cicerón *pro Caecina* 57); «qui... hunc per insidias uia de agro communi deiecerit» (Cicerón *pro Quintio* 46); «aratores [...] video deiectos» (Cicerón, *In Verrem*, 3.120; *pro Caecina* 37); «qui vi aliquem de fundo deiecit» (Ulp. Digesto 13.3.2). Vid. SEGURA MUNGUÍA, Santiago, *Nuevo Diccionario Etimológico Latín-Español y de las*

Tomamos de COUTURE una definición adecuada para el ámbito estrictamente jurídico: «acción de expeler de un inmueble a la persona que lo ocupa, normalmente, por orden judicial, para entregarlo a quien tiene derecho a él»<sup>7</sup>. Esta definición incluye los elementos apuntados hasta el momento, especificando su sentido para el ámbito jurídico: la fuerza impulsora es («normalmente»<sup>8</sup>) la judicial (el sujeto agente es el tribunal), el sujeto expulsado es el ocupante de un inmueble que no tiene derecho a seguir en él (es el objeto o sujeto paciente de la actividad), el lugar de partida que caracteriza la actividad de desplazamiento es, precisamente, el inmueble del que se «expele» al ocupante. La definición expuesta aporta además un elemento específicamente jurídico para caracterizar la actividad descrita: el elemento teleológico o finalista, es decir, el efecto o resultado que busca y produce el acto: realización del derecho de un sujeto (su satisfacción jurídica)<sup>9</sup>.

---

*voces derivadas*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001; AA. VV., *Oxford Latin Dictionary*, Oxford University Press, 1982, pág. 596.

<sup>7</sup> Si bien aclaremos que COUTURE aplica esta definición al desahucio, palabra que muy a menudo se usa como sinónimo de lanzamiento —sin serlo, pues el desahucio es la causa del lanzamiento, pero no el lanzamiento mismo— (vid. Couture, Eduardo J., *Vocabulario Jurídico*, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1976, pág. 220). La voz desahucio alude, etimológicamente, a la pérdida de la confianza. Proviene del privativo *des* y de *abuciar*, a su vez contracción de *afduciar*, del latín *fducia*, confianza. Efectivamente, el arrendador quita su confianza al arrendatario y no quiere seguir con el contrato. Antes de la Codificación el aviso (extrajudicial) que el propietario hacía a su inquilino o colono (con la antelación que le exigía la ley) anunciándole su intención de no seguir con el contrato era un «desahucio» (o «deshaucio», como se escribía); también el inquilino podía avisar al arrendador de su voluntad de no mantener el arrendamiento y también se calificaba su acto de desahucio. Se hablaba de «mutuo desahucio» aludiendo a la posibilidad para cada parte de poner fin al contrato avisando a la contraria). La confianza que se pierde puede ser la confianza jurídica (como en los arrendamientos) pero también otras formas de confianza: por ejemplo, en la recuperación de un enfermo del que se dice «deshauciado». Vid. MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, (reformada conforme a las bases aprobadas por la Ley de 21 de junio de 1880)*; tomo VI, sexta edición (aumentada por García Valdés, Rafael), Instituto Editorial Reus, Madrid, 1946, pág. 81).

<sup>8</sup> Existe un lanzamiento administrativo en que el poder público que procede al lanzamiento no es el tribunal sino un órgano administrativo. En este caso la finalidad a la que alude Couture («para entregarlo a quien tiene derecho a él») debería también matizarse pues el poder público procede al lanzamiento en satisfacción del interés público. El denominador común de la definición está conformado por el elemento negativo: la expulsión por fuerza del poder público procede para privar de la posesión a quien no tiene derecho a ella sea para satisfacer el interés público o el particular de un ciudadano.

<sup>9</sup> Una de las palabras inglesas usada para aludir a la figura que nos ocupa, «eviction», contiene también, en su sentido etimológico, referencia a la causa legal o fundamento del desplazamiento locativo. En efecto, el sustantivo inglés *eviction* y el verbo correspondiente, *to evict*, provienen, respectivamente, del sustantivo latino *evictio*, *evictionis* y del verbo latino *evinco*, *-ere*, *evici*, *evictum*, con el sentido de «vencer por completo, triunfar» [formado, a su vez, por la partícula con sentido

Pero la noción jurídica ofrecida, próxima aún a su origen etimológico y a su significado común, presupone que el núcleo de la actividad denominada lanzamiento es la salida del ocupante y que ésta es siempre suficiente para satisfacer al acreedor; es decir, presupone que la ocupación es el medio por el cual el poseedor ejerce su poder sobre el inmueble por lo que su salida dicho poder al acreedor. Sin solución de continuidad, un sujeto sale (expulsado, echado, lanzado), perdiendo con ello la posesión, y otro entra, tomándola. Sin embargo, en el ámbito procesal, el lanzamiento también ha expresado, de modo más amplio, cualquier actividad judicial destinada a la privación de la posesión inmediata de bienes inmuebles a través del proceso, aun cuando la posesión no responda a la modalidad descrita (la presencia física de un ocupante en el interior del inmueble) y cuando, por consiguiente, la salida no sea ya la forma principal de perder la posesión el deudor ejecutado y satisfacer simultáneamente al acreedor ejecutante. Existen, como precisaremos inmediatamente, formas de posesión de los inmuebles que no requieren una presencia permanente en ellos (ocupación), por lo que la expulsión o salida no es un mecanismo de desposesión eficaz. De mantenerse la definición del lanzamiento como un «hacer salir» (en sentido literal: al que está dentro), quedaríamos perplejos ante aquellos supuestos en los que por no estar el inmueble ocupado o sometido a poder en la forma descrita, no habría nadie a quien «hacer salir» y, sin embargo, seguiría siendo necesario que el demandado fuera privado de su posesión indebida, del poder de hecho sobre el inmueble por medios distintos a la ocupación.

Visto lo anterior tiene mayor alcance y precisión la definición del lanzamiento que acoge el DRAE como acepción jurídica (bajo las siglas *der.*): «despojo de una posesión o tenencia por fuerza judicial». Esta acepción jurídica expresa correctamente el sentido usual de la palabra en el ámbito jurídico (sin perjuicio de algunos matices que el estudio de los textos legales vigentes permite aportar

---

augmentativo *e*, y el verbo *vinco*, *-ere*, *vici*, *victum*: ser vencedor, vencer]. En el mismo sentido las palabras francesas *éviction* y *evincer*. Esta referencia a la causa del lanzamiento en lugar de a su dinámica explica su aparentemente extraña relación de sentido con la voz jurídica castellana «evicción» (vid. SEGURA MUNGUÍA, S., *Nuevo Diccionario Etimológico Latín-Español...*, 2001, cit.). La segunda palabra anglosajona con sentido similar al lanzamiento es *ejection*, que proviene de la misma raíz latina que el castellano «echar» (vid. nota anterior).

a la noción)<sup>10</sup>. La definición transcrita tiene la virtud de abstraer el concepto de lanzamiento de las modalidades concretas de ejercer la posesión para cuya privación es su instrumento y, por tanto, no hace de la salida del ocupante el centro de la actividad aludida con el término. Destaca, en cambio, el agente de la actividad (el juez: titular de la «fuerza judicial»), el sujeto pasivo o destinatario (el que debe ser desposeído o «despojado»), así como el elemento teleológico o resultado que se persigue con ella: la desposesión de un bien («despojo»), que si bien deja claro que no se necesita contar la con la voluntad del poseedor (algo implícito en los términos «despojo» y «fuerza judicial», que indican una actuación coercitiva)<sup>11</sup>, no describe una concreta actividad judicial que deba recaer sobre el deudor. Dicho de otro modo, en esta definición el elemento locativo o de desplazamiento —material, físico— respecto del inmueble a que alude la noción común del término se espiritualiza (el «hacer salir»): lo relevante no es que un ocupante se desplace físicamente (lo que puede o no ser necesario) sino que un poseedor pierda su poder material o de hecho sobre el inmueble (su posesión o detentación, sea cual sea la forma en que la viniera ejerciendo) en favor de un poder equivalente del que será investido su acreedor; y todo esto se haga en el marco de una actividad jurídico-procesal (y, por tanto, coercitiva y sustitutiva)<sup>12</sup>.

Precisemos lo afirmado hasta el momento. En ocasiones, el uso o aprovechamiento del inmueble consiste en una ocupación, es decir, en una presencia física, casi constante, en su interior. Es lo que ocurre en el caso de inmuebles destinados a vivienda habitual. Ocurre algo parecido en relación con ciertos inmuebles destinados a empresa o negocio cuya explotación cotidiana los hace productivos (una tienda, una fábrica). En estos casos, el lanzamiento cobra su sentido etimológico: es un echar o hacer salir al ocupante (y a sus familiares o empleados). Es la noción clásica y arquetípica de lanzamiento. Consiste en

---

<sup>10</sup> Por ejemplo, un defecto de la definición ofrecida es que no hace referencia a la naturaleza inmueble del objeto, sin la cual el término carece de sentido: no se hablará nunca, en el ámbito jurídico, del lanzamiento de un bien mueble.

<sup>11</sup> Si se quiere incluir el lanzamiento regulado por el Derecho Administrativo habría que hablar del poder público (en general) sin especificar si es la Jurisdicción o la Administración.

<sup>12</sup> Dimensión expresada con acierto por la palabra italiana *rilascio*, expresiva de la función de la figura: la pérdida del poder de hecho sobre el inmueble mediante el «relajamiento» del vínculo posesorio con el mismo, sin precisar cuál sea el mecanismo empleado para alcanzar tal resultado.

diversas actividades de ejecución orientadas a la desposesión coactiva y desarrolladas siempre en el contexto temporal preciso correspondiente a un día y una hora señaladas por el tribunal (la diligencia de lanzamiento). Una de dichas actividades es el acto de desalojo o expulsión de la persona o personas que con su presencia (física y permanente) en el inmueble manifiestan el poder del deudor sobre el mismo; tal desalojo consistiría en el desplazamiento locativo forzoso de tales ocupantes mediante la privación de su libertad ambulatoria a través del empleo primero de la *vis compulsiva* (requerimiento con apercibimiento de desalojo forzoso efectuado por el tribunal en un primer momento—intimación de lanzamiento— y por la Comisión judicial, con carácter inmediato al ejercicio de la coerción directa —orden de abandono durante la diligencia de lanzamiento—) y de la *vis ablativa* (uso de la fuerza física) una vez fracasada la anterior. La segunda de las actividades que componen esta modalidad de desalojo de ocupantes consiste en la eliminación, destrucción o apropiación de aquellos mecanismos de acceso al inmueble que permiten controlar de forma diferida la posesión o detención (en el caso más habitual, la cerradura del inmueble) transfiriéndolos a quien tiene derecho al mismo (mediante entrega de las nuevas llaves). La tercera y última de las actividades propias de este tipo de lanzamiento consistente en «hacer salir» a los «ocupantes» será la supresión de la consideración social o colectiva que va unida al acto de posesión: el conocimiento por parte de vecinos, porteros, guardas, etc. de la existencia de un nuevo poseedor, a lo que sirve la publicidad implícita en el propio acto de desposesión o, en su caso, el expreso requerimiento del tribunal a los terceros para que respeten el cambio posesorio.

En cambio, tratándose del uso no habitual de ciertos inmuebles (viviendas de vacaciones o aquellas que, cualquiera que sea la finalidad inicial, ya no se ocupan o utilizan de modo permanente; inmuebles destinados a su explotación comercial, industrial o agraria, cuyo uso y aprovechamiento, aun continuado, no requiere una presencia constante sino una mera posibilidad de acceso libre cuando sea conveniente, a voluntad del poseedor), la desposesión (que en la definición del DRAE es el núcleo conceptual del lanzamiento) no consistirá en hacer salir, sino en privar al poseedor del poder o posibilidad de regresar al inmueble, de ejercer sobre dicho inmueble, nuevamente (con mayor o menor frecuencia), el poder que

como poseedor antes se arrogaba, adquiriendo, en tal caso, papel primordial la actividad de privación de los mecanismos de acceso mencionados antes (como llaves) o la destrucción de la consideración social ante terceros aneja a su condición de poseedor legítimo. El desplazamiento locativo, como elemento de la definición, se diluye de modo claro cuando se trata de fincas rústicas, cuya explotación no requiere una presencia permanente en el mismo sino sólo la requerida por las tareas agrícolas o ganaderas en los períodos en que ello es apropiado según la naturaleza de la explotación y para las cuales la privación posesoria puede consistir en impedir (por ejemplo, mediante una prohibición acompañada de multas coercitivas) el desarrollo futuro de la actividad productiva que el demandado venía realizando, sea por sí mismo, sea a través de terceros. Ciertamente, esta modalidad de lanzamiento puede seguir describiéndose como un «hacer salir», pero habrá que convenir que se trata de un uso también extensivo o espiritualizado del término.

Partiendo del sentido amplio que el DRAE otorga al término cuyo concepto queremos ofrecer (sin salirnos, por ahora, del «sentido común de las palabras») y asumiendo algunos de los rasgos jurídicos acertadamente aportados por COUTURE, podríamos sostener que lanzamiento, en su acepción jurídico-procesal<sup>13</sup>, es «el despojo de la posesión o tenencia *de un bien inmueble* por fuerza judicial *para entregarlo a quien tiene derecho a él*».

## **2. Lanzamiento como prestación jurisdiccional**

El análisis normativo del concepto de lanzamiento, a diferencia del puramente léxico o pragmático, exige analizar el marco legal en que se regula el lanzamiento (consideración sistemática) y tener en cuenta su función en el mismo (consideración teleológica) así como su naturaleza jurídica (consideración dogmática), derivada en parte de las dos anteriores. Las normas que lo mencionan en la LEC sitúan el lanzamiento en el contexto del proceso de ejecución forzosa

---

<sup>13</sup> De nuevo este aspecto sólo es aplicable al lanzamiento regulado por el Derecho procesal no así el que se rige por el Derecho administrativo, pues la posesión adquirida por la Administración sirve al interés público. El denominador común, como decíamos reside en el elemento negativo que el lanzamiento trata de eliminar: «privar de la posesión indebida a quien ilícitamente la ostenta»

como medio de satisfacer pretensiones de entrega de un bien inmueble al amparo de un título ejecutivo, es decir, pretensiones de entrega judicial de bienes inmuebles. Esta función da sentido al lanzamiento como actividad de ejecución. Es, no obstante, sólo un aspecto o dimensión del lanzamiento: el lanzamiento como medio de satisfacción del acreedor. Pero toda actividad procesal (esta ha sido la conclusión a la que hemos llegado en la primera parte de nuestro estudio) está basada en la contemplación de intereses contrapuestos (manifestados como conflicto o litigio) y, en este sentido, la función del lanzamiento, sin negar que está orientado a satisfacer al acreedor, trasciende dicha función y persigue la aplicación acertada del derecho en todos sus aspectos, lo que incluye la satisfacción (o preservación) de aquellos derechos del deudor que no pueden ser ignorados siquiera en este momento de exigencia y actualización de su responsabilidad. Esta segunda dimensión del lanzamiento será abordada en el siguiente apartado de este capítulo, dedicándonos en el presente a comprobar lo que a la noción de lanzamiento que tratamos de analizar en este capítulo aporta la función satisfactiva al servicio del acreedor.

### *2.1. Prestaciones de dación o entrega de bienes*

Las formas de ejecución forzosa y los instrumentos de que se valen suelen organizarse en la LEC en torno aquella prestación (o aquel deber) que, según el título, corresponde realizar al deudor condenado y que el tribunal está llamado a sustituir con su actividad jurisdiccional. En efecto, la rúbrica del segundo capítulo del título dedicado a la ejecución no dineraria (título V del libro III)<sup>14</sup>, «De la ejecución por *deberes de entregar cosas*», hace referencia al deber a cargo del deudor contenido en el título ejecutivo que el tribunal debe actuar mediante una actividad procesal. El artículo 703 de la LEC, comprendido en el recién mencionado capítulo, se titula «entrega de bienes inmuebles» y alude igualmente al deber de entrega a cargo del deudor, lo que corrobora la oración condicional que encabeza su apartado primero: «Si el título dispusiere la transmisión o entrega de un bien inmueble [...]». Por tanto, este artículo, junto al que le sigue, contienen

---

<sup>14</sup> El libro III LEC lleva por rúbrica «De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares» y su título V «De la ejecución no dineraria».

el régimen fundamental regulador de la actividad procesal necesaria para la entrega o dación forzosa (por sustitución) de bienes inmuebles a cuya entrega habrá sido condenado el deudor, sin haber atendido en su tiempo dicho deber.

Sin embargo, la actividad jurisdiccional de entrega o dación inmobiliaria está descrita de forma imprecisa. Efectivamente, tras la oración condicional que establece el supuesto de hecho de la norma («Si el título dispusiere la transmisión o entrega de un bien inmueble [...]»), la proposición principal establece, como consecuencia jurídica imputable a aquel supuesto, que «[...] el tribunal ordenará *lo que proceda* [...]» y aunque, más adelante, sitúa ya, *nominatim*, el lanzamiento como parte de esta actividad «que proceda» (art. 703 apartados 2, 3 y 4, y art. 704 LEC), no describe las actividades concretas en que consiste. Para precisar cuáles puedan ser tales actividades (aquello «que proceda» para la entrega de un inmueble) y en cuáles de ellas tienen correspondencia con el lanzamiento, analizaremos la estructura de la obligación de dar, en cuyo marco, pues se trata de sustituirla, se sitúan tales actividades.

En la clásica tripartición de las obligaciones en dar, hacer y no hacer, la entrega de bienes determinados, muebles o inmuebles, se identifica con la prestación de dar. Estas prestaciones se caracterizan porque la conducta del sujeto obligado o deudor es instrumental respecto al goce del bien al que se refieren. En efecto, aun cuando la obligación de dar supone siempre una conducta por parte del deudor, tal conducta se caracteriza por alterar el ámbito de poder (material o fáctico) respectivo de acreedor y deudor respecto de un bien y, con ello, las posibilidades de goce y disfrute sobre dicho bien. En otras palabras, la satisfacción que se obtiene como resultado del cumplimiento de una prestación de dar, de una entrega o dación, procede del bien y no de la conducta en sí misma considerada<sup>15</sup>. Pese a lo recién afirmado, la operación de entrega de bienes se confunde en ocasiones

---

<sup>15</sup> CARNELUTTI afirma que «la entrega de la cosa se resuelve esencialmente en un dejar tomar; no significa lo contrario el poner una cosa a disposición del otro; tal conducta puede implicar desde luego una actividad, pero es una actividad preparatoria de aquel *pati*, que constituye la sustancia de la obligación; ciertamente, abrir la puerta de casa para que pueda entrar quien viene a tomar la cosa, es un acto positivo, pero no es esto lo que satisface al acreedor, sino lo que prepara su satisfacción» (Carnelutti, Francesco, *Derecho procesal civil y penal*, Harla, Mexico, 1997 (original de 1959), pág. 186).



con una prestación de hacer<sup>16</sup>, habida cuenta de la conducta activa que el obligado desarrolla para su entrega; con ello se olvida que dicha conducta es, como acabamos de señalar, meramente instrumental: la conducta desarrollada por el deudor es valiosa únicamente en cuanto permite el apoderamiento del acreedor y en ningún otro sentido.

El carácter instrumental de la conducta implicada en una entrega hace que tal conducta pueda ser muy variada<sup>17</sup>. La conducta instrumental de entrega o dación no ha de consistir, necesariamente, en un hacer, sino que puede consistir también en un no hacer cuando, por ejemplo, el goce sobre un bien se ejerce mediante su uso o explotación a distancia (a través de terceros) o intermitente (interrumpiendo su uso con más o menos frecuencia pero conservando siempre el control de acceso al mismo), sin la presencia física u ocupación permanente *e in situ*, es el cese en dicho uso o vindicación de poder (un no hacer, en ocasiones en su condición de

---

<sup>16</sup> VERDERA SERVER señala, al respecto, que «la tripartición del art. 1.088 CC en obligaciones de dar, hacer y no hacer revela sus insuficiencias a poco que se profundice en la misma. [...] la obligación de hacer puede presentar una amplitud que le permite englobar la obligación de dar» (Verdera Server, Rafael, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1995, pág. 239). VATIER FUENZALIDA define la obligación de dar como «obligación de hacer cuya especialidad viene determinada únicamente por el resultado de transferir la posesión de la o las cosas materia de la prestación desde la titularidad del deudor a la del acreedor, y viceversa» (Vattier Fuenzalida, Carlos, *Sobre la estructura de la obligación*, Universidad de Palma de Mallorca, Palma de Mallorca, 1980, pág. 70). MORENO CATENA también afirma que la obligación de dar alguna cosa «en realidad no es más que una categoría de las obligaciones de hacer» (Moreno Catena, Victor, *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, tomo IV. La ejecución forzosa*, Tecnos, Madrid, 2.000, pág. 136.). El lanzamiento, como mecanismo para la ejecución de prestaciones de entrega de un bien inmueble mediante la coerción de las conductas necesarias para ello se confunde con obligaciones de hacer: CARBALLO PIÑEIRO afirma que el lanzamiento «tiene un difícil en cuadro en la clasificación de los medios ejecutivos ya que, si bien el efecto que produce recae directamente sobre el objeto de la ejecución, la compulsión es personal. Afecta a derechos básicos de la persona, que decaen ante el superior derecho del ejecutante». (Carballo Piñeiro, Laura, *Ejecución de condenas de dar*, J. M<sup>a</sup>. Bosch editor, Barcelona, 2001, pág. 330).

<sup>17</sup> Algo común a otras formas de ejecución como la del régimen de visitas, afirmándose que «Se trataría de un grupo de obligaciones de difícil encuadre entre las susceptibles de ejecución; el progenitor no guardador tendría una obligación de hacer, pero de carácter personalísimo, por lo que sería imposible la sustitución del hacer de dicho sujeto; por el otro lado, el cónyuge guardador no debe impedir las visitas, esto sería una obligación de no hacer, cuyo incumplimiento podrá evitarse en determinadas ocasiones por la actividad del juez, y en otras esta sustitución será imposible, pudiendo tener consecuencias jurídicas para la parte incumplidora» (Soletó Muñoz, Helena, «La ejecución forzosa del régimen de visitas», *Práctica de Tribunales*, núm. 74, septiembre 2010).

soportar el poder ajeno —del acreedor—, es decir, el no hacer como *pati*) el que permitiendo el disfrute ajeno (el apoderamiento o toma de posesión por el acreedor) consuma la entrega. El deudor no abandona el inmueble sino que deja de ejercer su poder sobre el inmueble: por ejemplo, renunciando a la posibilidad de dirigir instrucciones a los servidores posesorios o de retornar al inmueble o se muestra pasivo y tolerante ante las conductas posesorias del acreedor. En resumen, en toda prestación de dar hay implicada una conducta, pero esta puede ser de hacer o de no hacer; la diferencia con las obligaciones de hacer o de no hacer es que mientras en estas últimas el valor satisfactivo para el acreedor proviene de la conducta en sí misma considerada, en el caso de la prestación de dar el interés de la conducta para el acreedor proviene de su significación instrumental respecto a un objeto preexistente, sea cual sea su configuración (hacer, no hacer o, como forma de esta última obligación, un soportar).

## 2.2. Entrega como transferencia de la posesión.

### a) Entrega del bien y entrega de posesión sobre el bien

Todavía podemos realizar ulteriores matizaciones a la noción de entrega o dación nos sirve de base para definir la conducta sustitutiva del tribunal (que, a su vez, define el lanzamiento). Antes que los bienes mismos, lo que realmente se entrega o transmite mediante la conducta de entrega o dación es la posibilidad de su disfrute: la posibilidad de ejercer sobre ellos un determinado poder de hecho tal como viene amparado por el título ejecutivo, es decir, la posesión que se deriva de dicho título ejecutivo (el derecho a tal posesión es un *ius possidendi*)<sup>18</sup>. La forma de ejercerse el poder demandado sobre el inmueble y el alcance de la posesión que se aspira a ejercer (al amparo del título ejecutivo) determina la conducta en que ha de consistir la dación o entrega: la conducta de entrega de uno (demandado) será la adecuada y necesaria para permitir que otro (demandante) realice el ejercicio de poder (posesión) a que tiene derecho según el título (*ius*

---

<sup>18</sup> Esta idea de transmisión posesoria está presente en nuestra LEC que además de hablar de «entrega de bienes» o «bienes que deban entregarse», también habla del inmueble «cuya posesión se deba entregar» (art. 704.1 LEC) o de la «posesión judicial» del inmueble (art. 675 LEC).

*possidendi* «según el contenido de la condena» como señala el art. 703.1 LEC) y que hasta ese momento venía ejerciendo el deudor.

La posesión no es sino el poder que se ejerce sobre los bienes<sup>19</sup>, aunque este poder sea objeto de protección jurídica mediante acciones posesorias (reflejando la existencia, tras la posesión como hecho, de un verdadero derecho: *ius possidendi*)<sup>20</sup>. Pero aun siendo una realidad fáctica, contemplada con abstracción de la realidad jurídica subyacente (el derecho que habilita y legitima, según el ordenamiento, dicho poder), el poder sobre las cosas que identificamos con la posesión se ejerce siempre en los términos (con el alcance o manifestación externa) propio de los derechos (se dice, por ello, que la posesión es un «hecho con apariencia de derecho»<sup>21</sup>). Si el poder ejercido sobre los bienes es absoluto entonces tal ejercicio es apariencia o expresión de un derecho de propiedad (se posee *como* dueño), si el poder es, por el contrario, relativo, *aparece* como expresión de un derecho real limitado (o incluso, como expresión de un derecho de obligación que requiere ejercicio directo de poder sobre el bien, como el arrendamiento) según su diferente naturaleza (se posee como usufructuario o como arrendatario). Por otra parte, las diferentes formas de poder manifestadas sobre los bienes implican una importante dimensión subjetiva que, según las circunstancias, atribuye a los poderes de hecho sobre los bienes significaciones

---

<sup>19</sup> GARCÍA VALDECASAS señala que «el elemento intencional de la posesión admite diversas gradaciones, a compás de la mayor o menor amplitud de sus manifestaciones externas. Así, el poseedor puede tener la intención de dominar la cosa en todas sus relaciones y con exclusividad, como si fuera propia (*animus domini*); o sólo en alguna de sus relaciones, como si le perteneciese un derecho real limitado sobre ella —v. gr. usufructo, servidumbre, prenda: *animus in re utendi*); o como si, en virtud de una relación personal —v. gr. arrendamiento, depósito, comodato) estuviese facultado para poseerla; o con la sola intención de cumplir una obligación —v. gr. el caso del secuestratario o de quien encontró una cosa perdida y tiene intención de restituirla—» (García Valdecasas, Guillermo, *La posesión*, Comares, Granada, 1987, 2.<sup>a</sup> ed., págs. 20 y 21). Y, más adelante, añade «todo poder de hecho sobre una cosa, es reflejo o exteriorización de un correspondiente derecho, o dicho en otras palabras, todo poder de hecho aparece como el ejercicio de hecho de un derecho» (*Ibidem*, pág. 22).

<sup>20</sup> Al margen de que la posesión como hecho, sin existir tras ella un *ius possidendi*, sea protegida, en cierto grado, por el ordenamiento: *ius possessionis*; por lo que se opone la posesión como hecho al derecho derivado de ese mero hecho (que también responde al nombre de «posesión»).

<sup>21</sup> En este sentido, JORDANO BAREA, afirma que «posee tanto quien tiene de verdad un derecho real, como quien, sin tenerlo, parece que lo tiene, por ejercitar de hecho un poder sobre la cosa, bien sin fundamento jurídico alguno o bien por ser titular de un derecho de tipo obligacional, porque en tema de posesión se prescinde o abstrae por completo de la titularidad jurídica real» (Jordano Barea, J. B., «Una relección sobre la posesión», *Anuario de Derecho Civil*, 1986, pág. 1055).

muy diferentes: el mismo poder, objetivamente contemplado, ejerce el propietario que el administrador, pero en la percepción social —dotada de subjetividad—, quien ejerce el poder (mediante su dirección y control) es el dueño (quien *posee como dueño*) y, por ello, es el poseedor, mientras que el administrador no es siquiera poseedor, pues su conducta (física o externamente idéntica a la del dueño), no expresa un poder autónomo sino su servidumbre a un poder ajeno (servidor de la posesión).

De este modo, la variedad de formas de ejercicio de poder sobre las cosas supone que cuando hablemos de la entrega o dación de una cosa (al amparo de un deber consagrado en el título) no nos refiramos, en rigor, a la entrega del bien en sí mismo, sino a la entrega de la posesión (el poder de hecho) correspondiente al derecho que justifica y motiva dicha entrega (que el propio título o su interpretación permiten dilucidar). La forma de transmisión del poder sobre los bienes estará, por consiguiente, en función del alcance del poder a que aspira el acreedor (*ius possidendi*) así como del modo concreto en que se ejercía previamente por el deudor<sup>22</sup>.

La referencia a la desposesión del deudor exige resolver una paradoja: si la desposesión es exigible ello se debe a que el deudor no es ya poseedor sino mero detentador (y no podemos privar de la posesión a quien ya no la tiene). En efecto, dado que la razón jurídica para la entrega de la posesión está avalada por un título ejecutivo, el derecho del deudor a conservar el inmueble (*ius possessionis*) queda siempre enervado, de modo que más que de la posesión del bien cabe hablar ya de la mera tenencia, es decir, de la detentación del bien; no puede hablarse siquiera de una posesión «de mero hecho» (el hecho de la posesión) pues incluso la posesión como hecho requiere una apariencia de derecho que habría sido destruida por el título ejecutivo. Incluso en los casos en que el ocupante del inmueble es un tercero distinto del

---

<sup>22</sup> El concepto es próximo al de *tradición*. Según CASTÁN la entrega hace referencia a «la institución que viene designándose en la ciencia jurídica con el nombre de tradición que es aplicable no sólo a la venta, sino, en general, a todos los contratos traslativos del dominio» (Castán Tobeñas, *Derecho Civil español, Común y Foral, IV*, reimpresión de la 9.<sup>a</sup> ed. (con Calvillo), Madrid, 1969, págs. 97 y 98). Es decir, la tradición es la entrega posesoria no considerada en sí misma, sino en cuanto instrumento de transmisión de un derecho.

deudor ejecutado (o personas que de él dependan) y, por ello, ajeno —en principio— al ámbito de eficacia del título ejecutivo, la ejecución sólo continuará frente a él cuando, desarrollado el incidente previsto en el art. 704.2 LEC, resulte reconocido el mejor derecho a poseer del acreedor ejecutante, es decir, cuando quede confirmada la posición del ocupante como detentador frente al ejecutante (lo que determina que, simultáneamente, el ocupante deje de ser tercero para ser considerado parte).

Para resolver la anterior paradoja (que hablemos de entrega de posesión por quien no es ya poseedor) debe tenerse presente que si bien frente al acreedor portador del título cede la protección posesoria del ocupante, no lo hace ante otros terceros, frente a quienes, en principio, el ocupante conservaría su condición de poseedor y su protección posesoria a ella inherente (aun cuando fuera una posesión instrumental para poder realizar la entrega a la que está obligado). No resulta del todo incorrecto, por consiguiente, calificar de desposesión o privación de la posesión el objetivo de la actividad jurisdiccional desarrollada durante el lanzamiento. El concepto de posesión, en cuanto alude a un hecho dotado de ciertas características (apariencia de ejercicio de un derecho) tiene siempre un carácter relativo: se protege al poseedor frente a quien lo perturba mientras que este mismo poseedor es considerado un “mero” detentador no protegido frente al ejecutante.

b) Actividades que comprende la entrega de la posesión sobre un bien: puesta a disposición y toma de posesión

Toda entrega de posesión o dación implica a dos sujetos y compromete, desde este punto de vista, dos tipos de conductas: la de aquél que entrega el bien, a quien corresponde la «puesta a disposición» abandonando el poder que ejercía (en muy distintas formas según cual sea la modalidad de ejercicio de poder sobre los bienes como acabamos de señalar) y la de quien lo recibe y «toma posesión» del mismo, pasando a ejercer el poder que el otro abandona.

La obligación de entrega a cargo del deudor queda cumplida con la puesta a disposición del bien, aunque la entrega no se haya consumado por defecto de toma de posesión, responsabilidad del acreedor. Dado que la puesta a disposición solo compromete la conducta del deudor, pareciera consumarse con el mero abandono del bien: efectuado el abandono sería carga del acreedor proceder al apoderamiento o toma de posesión. Sin embargo, cabe afirmar que el mero abandono, para cumplir (voluntaria o forzosamente) la obligación de entrega, debe tener presentes las posibilidades de despliegue de la ulterior conducta del acreedor (toma de posesión); es decir, quien abandona su poder sobre el inmueble en el marco de una entrega posesoria, ha de hacerlo de forma tal que otro pueda continuar su ejercicio<sup>23</sup>. En este sentido, la puesta a disposición es una conducta del deudor que tiene en cuenta o considera la conducta (o posibilidad de conducta) ulterior del acreedor. En cambio, la toma de posesión, como el ejercicio de la posesión, depende exclusivamente de la voluntad y actividad del acreedor, no formando parte de la obligación de entrega que termina con la puesta a disposición correctamente verificada: una vez efectuada la puesta a disposición nada debe ya el deudor aunque hasta la toma de posesión el acreedor no adquiera ésta<sup>24</sup>.

### c) Entrega posesoria por el tribunal: desposesión y puesta en posesión

Cuando la entrega posesoria la debe realizar el tribunal por sustitución del demandado, la entrega de la posesión conlleva dos elementos (en paralelo al

---

<sup>23</sup> LACRUZ BERDEJO, aclara, muy sutilmente, como funciona el mecanismo traditorio: «el poseedor anterior no puede transmitir su dominación fáctica, porque los hechos no se transmiten: únicamente puede hacernos poseedores a nosotros abandonando su posesión (*vacuam possessionem facere*) y dejando la cosa en forma tal que, según la apreciación social, está en nuestro poder (he prestado la barca y el comodatario la deja varada en la playa en lugar adecuado, y me comunica donde está; o bien la deja en mi muelle)» (Lacruz Berdejo, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, 1990, cit., pág. 48).

<sup>24</sup> GÓMEZ CALERO «partiendo de la base de que la entrega es un «acto bilateral que exige la colaboración de vendedor y comprador», afirma que «la “puesta a disposición” no es más que la actividad que corresponde al vendedor para la realización de la entrega. Ciertamente, el vendedor cumplirá su obligación en orden a la entrega efectuando todos los actos necesarios para que el comprador pueda tomar posesión de lo que hubiere sido objeto del contrato; pero esto no significa que “puesta a disposición” y “entrega” sean la misma cosa. La entrega, en tanto que requiere la participación del comprador, sólo tendrá lugar cuando éste, aceptando y recibiendo el bien (mueble o inmueble) puesto a disposición, entre en posesión del mismo» (Gómez Calero, Juan, «Sobre la entrega de bienes inmuebles de la masa activa adjudicados en subasta judicial», en AA. VV., *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 5, Marcial-Pons, Madrid, 2005, págs. 4829).

abandono y puesta a disposición con que el demandado debía haber cumplido su obligación de entrega posesoria): el desapoderamiento del demandado, privándole del poder de hecho que, de forma mediata o inmediata, ostenta o ejercita indebidamente sobre el inmueble, forzando, anulando o prescindiendo de su voluntad según sea necesario<sup>25</sup> y la puesta en posesión al acreedor<sup>26</sup>, mediante la cual el tribunal traslada al demandante el poder que hasta entonces ejercía el demandado, sea el poder de ocupar el inmueble (poder de controlar físicamente el acceso y permanencia en el mismo), en supuestos de posesión inmediata, sea el poder que le corresponda frente a los poseedores inmediatos, en los supuestos de posesión mediata.

Mediante el desapoderamiento, el tribunal constriñe al deudor (actualizando la responsabilidad que asume por su incumplimiento) a la realización forzosa de determinadas conductas que serán de dar (sustracción y entrega al demandante de

---

<sup>25</sup> PUGLIATTI distingue la diferente relevancia o significación de la conducta del deudor respecto de la prestación de dar voluntaria y forzosa. Refiriéndose a la distinta denominación que en el Derecho italiano reciben las diferentes formas de ejecución de obligaciones de dar cosa determinada según sea mueble (entrega —*consegna*—) o inmueble (abandono —*rilascio*—) afirma que «en tanto hacen referencia a la fase que precede a la ejecución pueden considerarse correctamente empleados; se trata de sinónimos que expresan sustancialmente el mismo concepto con algunos matices: para los bienes muebles es más apropiado hablar de entrega (consegna), porque se trata de objetos que se trasladan de un sujeto a otro; para los inmuebles es más apropiado hablar de abandono (rilascio), porque en realidad se trata de un sujeto que abandona el inmueble a otro. Pero con referencia al procedimiento ejecutivo es más adecuado hablar en ambos casos de abandono (rilascio), porque este término puede explicar la desposesión coactiva sin una correspondiente actividad de deudor, mientras que la entrega (consegna) presupone una actividad de parte» (Pugliatti, Salvatore, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Giuffrè, Milano, 1935, pág. 437).

<sup>26</sup> Para PUGLIATTI: «la actuación del *rilascio* presupone dos momentos lógicos: uno negativo y uno positivo. El primero consiste en la remoción de los obstáculos materiales que se interponen entre la toma de posesión por parte del acreedor actuante; el segundo en la toma de posesión efectiva, esto es, en la creación de la base de hecho a la que se orienta toda relación de derecho» (Pugliatti, S., *Esecuzione forzata...*, 1935, cit., pág. 439); Según PEREDA GÁMEZ «la ejecución de la sentencia comprenderá dos fases: la aprehensión de la cosa y su entrega al ejecutante. [...] Cuando se trate de un inmueble la aprehensión se realiza en unidad de acto con la puesta en posesión del inmueble a favor del ejecutante [...] la segunda fase de la ejecución es la entrega de la cosa específica al ejecutante. La cuestión no suele plantear problemas resolviéndose sin solución de continuidad tras la aprehensión, tanto de muebles como de inmuebles. Es preceptiva la documentación del acto de entrega» (PEREDA GÁMEZ, «Ejecución de condenas de dar, hacer y no hacer y liquidación de títulos ejecutivos y ejecución de sentencias», en *Ejecución de Sentencias Cíviles (II) La vía de apremio* (dir. Pereda Gámez), CGPJ, Madrid, 1977, pág. 44 a 46); PÉREZ DEL BLANCO señala que «en los casos en que el objeto de la ejecución es una cosa inmueble [...] se tiende a una unificación de las dos fases ejecutivas anteriormente vistas» (Pérez del Blanco, Gilberto, *La ejecución no dineraria en la nueva LEC (Condenas de hacer, no hacer y dar)*, Universidad de León, 2001, págs. 136 y 137).

las llaves del inmueble u otros sistemas de control de acceso al mismo); de hacer (como la salida del inmueble o la retirada de animales de custodia o de otros elementos que impidan el acceso o toma de posesión); de no hacer (como el cese en su explotación o acceso a la finca), a través del empleo de medios de coerción directa o indirecta; o de soportar (como forma peculiar de no hacer: *pati*) diversas intervenciones judiciales en sustitución de su voluntad. Tales conductas aspiran a privarle del poder que ostenta, sea mediante la intervención de un tercero (por ejemplo, sustitución de cerraduras), sea directamente por intervención del tribunal (por ejemplo, poniendo de manifiesto a terceros —arrendatarios o empleados— la pérdida por el deudor de su condición de propietario).

El segundo elemento de la entrega posesoria judicial es la «puesta en posesión» a cargo del tribunal, pues si la actividad judicial de entrega ha privado efectivamente de poder al demandado, el poder a éste arrebatado por el tribunal ha de pasar al demandante, es decir, el tribunal debe garantizar que el demandante podrá desarrollar la actividad de poder consustancial al poder arrebatado al demandado, sea éste un poder directo sobre el inmueble (cuando el *ius possidendi* a ello le autoriza: posesión inmediata), sea un poder indirecto a través de otros poseedores (cuando éste es el contenido del *ius possidendi* que se deriva del título: posesión mediata). En este sentido, aun producida la desposesión del deudor, el tribunal conserva frente al demandante el deber (o función, embebida en su potestad) de procurar la puesta en posesión, venciendo posibles resistencias de terceros o del propio demandado.

El desapoderamiento puede suponer la actividad principal de ejecución cuando la puesta en posesión se verifica inmediatamente terminado aquél: el abandono del inmueble por el deudor va seguido de la entrada en el mismo por el acreedor. Pero en otras ocasiones, el desapoderamiento del deudor no permitirá por sí solo ejercicio de poder por el acreedor (el poseedor mediato deja de abonar las rentas al ejecutado pero tampoco lo hace todavía al demandante o lo hace a un tercero que también las reclamaba; el inquilino es desalojado pero vecinos o terceros —en colusión o no con el inquilino— impiden la toma de posesión del acreedor). En tales casos, la puesta a disposición, como parte de la prestación jurisdiccional a



la que el demandante tiene derecho como componente de la tutela efectiva, requiere una actividad ulterior del tribunal, con frecuencia frente a tales terceros que obstaculizan de hecho la puesta a disposición (en contravención de los arts. 118 CE y 17 LOPJ)<sup>27</sup>, pero también, en su caso, frente al propio deudor si en su mano está contribuir a la puesta en posesión (por ejemplo, si los terceros actúan por su cuenta o pueden responder a su requerimiento).

#### d) Entrega de la posesión mediata e inmediata

Para precisar algo más la noción de entrega posesoria conviene tener en cuenta que sobre unos mismos bienes pueden ejercerse simultáneamente diferentes formas de posesión. Esta idea se ha expresado de maneras diversas siendo una de ellas la distinción entre posesión mediata e inmediata<sup>28</sup>. Los conceptos de posesión

---

<sup>27</sup> Por esta razón el art. 703.4 LEC acierta al permitir al demandante solicitar del tribunal que se desplace al inmueble pese a la entrega posesoria realizada por el demandado. No es acertada, sin embargo, la expresión empleada para expresar la finalidad de dicho desplazamiento «que levante acta del estado en que se encuentre la finca» pues así parece que el desplazamiento queda limitado a dar satisfacción a una pretensión acumulada a la de lanzamiento (el abono de los daños y perjuicios causados por el arrendatario al inmueble) pero no a la propia pretensión principal de lanzamiento que conlleva no sólo la desposesión sino también la entrega al acreedor. Es más: si del desplazamiento al inmueble arrendado se determinase que la vivienda aun sigue ocupada (quizá por sujetos a los que el propio arrendatario ha consentido la entrada) no se podría considerar consumado el lanzamiento y la finalidad del desplazamiento adquirirá una dimensión inesperada: no sólo constatar los daños causados al inmueble sino determinar que el lanzamiento no ha sido consumado. En este sentido, Contijoch Pratdesaba califica dicha diligencia de «diligencia de entrega de posesión» (CONTIJOCH PRATDESABA, Ramón «La reforma procesal de los juicios arrendaticios (Ley 19/2009, de 23 de noviembre)», Revista jurídica de Catalunya, 2010, núm. 2, pág. 516).

<sup>28</sup> La diversidad de formas de poseer y su relación con el ejercicio de derechos puede verse también, según LACRUZ BERDEJO, en la distinción entre posesión de cosas y posesión de derechos que reflejan diversos artículos del CC (arts. 437, 430, 431, 432, 438): «conforme a la tradición del Derecho común, que se materializa entre nosotros en las Partidas, los indicados preceptos proclaman, por de pronto, la extensión de la tutela interdictal a cualquier influencia física limitada sobre la cosa: así, si uno usa la finca ajena exclusivamente para pasar por ella, podrá defender el derecho a seguir pasando, pero no cualquier otra intromisión distinta, mientras el tenedor de la finca hará valer su tenencia genérica frente a cualquier perturbador. Del primero puede decirse que tiene la posesión de una servidumbre de paso, y en tal sentido hablar de una “posesión de derechos”, pero no como algo distinto de la de cosas y contrario a ella, sino como una medida de influencia sobre la cosa protegida por el interdicto. Lo protegido aquí, objeto y fuente a la vez del “derecho a seguir teniendo”, son siempre contactos físicos con la cosa, y no los derechos, que sólo señalan y concretan la diversa intensidad de tales contactos» (Lacruz Berdejo, José Luis, con Luna Serrano, Agustín; Delgado Echeverría; Jesús y Mendoza Oliván, Víctor, *Elementos de Derecho Civil*, t. III, *Derechos Reales*, vol. 1.º, J. M.ª Bosch Ed., Barcelona, 1990 (3.ª ed.), págs. 64 y 65). Vid., asimismo, GARCÍA VALDECASAS, *La posesión*, 1959, cit., pág. 22 a 24.

mediata e inmediata expresan la posibilidad de que sobre un mismo objeto se comparta el ejercicio de distintos derechos no siendo incompatible el poder de hecho correspondiente a cada uno de ellos: el poder de hecho inmediato y directo, ejercido por un poseedor puede ser compatible con el poder mediato e indirecto ejercido por otro poseedor si la posesión corresponde (es apariencia de) al ejercicio de derechos compatibles<sup>29</sup>. Se entiende como posesión inmediata la que se deriva de la dominación fáctica y personal sobre la cosa: la que corresponde al poder del dueño o del usufructuario que gozan por sí mismos de la finca, del arrendatario que la cultiva o habita la vivienda, etc.; y como posesión mediata «aquélla que se ejerce sin contacto físico con la cosa, a través del contacto de otro: la [que se corresponde con los poderes] del nudo propietario de un piso poseído físicamente por el usufructuario, o la de quien ha dado en arriendo».

La transmisión o entrega de la posesión mediata no exige una conducta material o física de ocupación o de desocupación, de entrar o salir, sino, antes bien, la conducta de cese en el ejercicio del poder en que consistía tal soberanía (cobrar las rentas y otros actos de poder correspondientes al propietario o arrendador, por ejemplo)<sup>30</sup>, conductas que, al tiempo, permiten crear en los poseedores inmediatos (y en los terceros) la convicción de cese en dicho poder y permiten el apoderamiento (mediato) por un nuevo sujeto. En este sentido, el

---

<sup>29</sup> LACRUZ BERDEJO lo expone brillantemente del modo siguiente: «se dan supuestos en los que el contacto con la cosa y la apariencia de derecho que aquél produce corresponden a sujetos diversos [...] o sea: hipótesis de participación heterogénea de varios en la posesión de una misma cosa [...] influencia sobre una misma cosa, pero en virtud de derechos diversos concurrentes, [...] de los cuales uno absorbe el contacto efectivo con la cosa, mientras el otro o los otros pierden su potencial relación física en virtud de gravámenes u obligaciones, conservando empero sus titulares, mediante la tenencia y reconocimiento del poseedor corporal[...]. Así, dada la finca en arriendo por el usufructuario, el arrendatario de ella, cuyo derecho absorbe totalmente el contacto físico con la cosa, mientras posea como tal, el derecho de usufructo del arrendador y el dominio del propietario, disponiendo todos ellos del remedio de los interdictos: el “derecho a seguir teniendo” —el uno la cosa, los otros el derecho— no corresponde sólo al titular inmediato» (Lacruz Berdejo, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, 1990, cit., pág. 74). Vid., FUENTESECA, Cristina, *La posesión mediata e inmediata*, Dykinson, Madrid, 2002, *passim*.

<sup>30</sup> O más sutiles. LACRUZ afirma: «persiste la [posesión] de la casa en la playa aunque sólo se emplee en verano e incluso la de una casa que se mantenga cerrada y nunca se habite pero —a falta de impedimento ajeno— pueda emplearse a voluntad. Distinto sería que la casa estuviera abierta —aun sin la voluntad del antiguo poseedor— y aparentemente a disposición de cualquier ocupante ocasional: comienza a faltar, entonces, ante la gente, la pretensión de exclusividad, que cesará si alguien ocupa el edificio» (*ibidem*, pág. 40).

propietario–arrendador, poseedor mediato, puede transmitir la posesión de su inmueble dejando de cobrar las rentas y haciendo saber a su inquilino la identidad y condición del nuevo propietario que ahora podrá ejercer su poder como nuevo dueño; el propietario que vende a su propio inquilino (*traditio brevi manu*) cumple con su obligación de entrega dejando de comportarse como arrendador y propietario (dejando, por ejemplo, de asistir a las juntas de propietarios, de cobrar las rentas), permitiendo así que el poseedor inmediato a título de arrendatario actúe ahora como poseedor a título de dueño; el propietario que transmite la propiedad de un bien manteniendo su posesión en calidad de arrendatario (*constitutum possessorium*) puede transmitir la posesión mediata pasando a comportarse como tal arrendatario (cesando de asistir a las juntas de propietarios, abonando las rentas, etc.).

Por lo que respecta a la posesión inmediata también serán diversas las formas de entrega en función del poder ejercido y de su forma de ejercicio: el inquilino devuelve la posesión que ejercía mediante una actividad instrumental de desplazamiento locativo de su persona (el abandono del inmueble), pero tal desplazamiento ha de ser realizado en condiciones tales que permitan la toma de posesión por parte del arrendador (de modo que tal desplazamiento pueda considerarse como verdadera puesta a disposición), estas condiciones pueden incluir también daciones de bienes muebles (un «hacer» consistente en la entrega de las llaves en cuanto instrumento de acceso y control de acceso o, incluso, como símbolo ante terceros de la pérdida de poder); abstenciones (un «no hacer» como no regresar al inmueble: no usar las copias que se puedan tener de las llaves); u otras prestaciones de hacer distintas de la salida del inmueble (como retirar un animal de custodia del inmueble). En el caso de fincas rústicas o de locales de comercio, industria o negocio habrá que distinguir si están o no en explotación, si tal explotación es personal —por el propio ejecutado— o se realiza a través de terceros, si tales terceros son poseedores mediatos vinculados de alguna forma al demandado o sólo ejercen la tenencia como servidores de la posesión del demandado (por ejemplo, empleados) y, finalmente, si la entrega comprende la empresa como tal (en cuyo caso, por ejemplo, pondrán continuar los empleados accediendo al inmueble) o sólo el inmueble en que se asienta (lo que conlleva el

desmantelamiento de la actividad productiva asentada sobre el inmueble). De la confluencia de los anteriores factores puede resultar que la actividad de entrega posesoria conlleve no sólo comportamientos de desplazamiento locativo del deudor (un «hacer» personal de salida o abandono), sino también comportamientos de «hacer» como declaraciones (frente a empleados —incluidos guardas de seguridad, porteros—, clientes, proveedores, etc.), transformaciones (la desactivación de mecanismos de acceso al inmueble, por ejemplo), entregas —en rigor, daciones— (la de instrumentos para el acceso y puesta en marcha...); o comportamientos de «no hacer»: abstenciones de un hacer (por ejemplo, no regresar, no dirigir órdenes a los empleados de la empresa o a otros poseedores mediatos, tenedores o servidores de la posesión); o el soportar del hacer ajeno (que el acreedor realice las anteriores actividades). Todas las anteriores conductas, al ser instrumentales del traspaso de poder material directo, serán integrantes de la entrega posesoria y forman parte de la prestación de dación o entrega que sustituye el lanzamiento.

### 2.3. Entrega como transferencia de titularidad (*traditio*)

#### a) Transferencia de titularidad y transferencia de posesión

La conducta de entrega o dación, además de su significado posesorio relativo a la transmisión del poder material sobre la cosa apropiado al ejercicio de un derecho, puede, en ciertos supuestos, determinar, simultáneamente, la transmisión de un derecho real sobre los bienes entregados (art. 609 CC). Nuestro ordenamiento denomina «tradición» (*traditio*) a toda actividad productora de este efecto<sup>31</sup>. Se

---

<sup>31</sup> Caso en el que la tradición o entrega se aproxima más al concepto de *dare* en sentido romano; como explica D'ORS, «*dare* quiere decir hacer propietario {Las obligaciones de devolver una cosa a su propietario (*reddere*) no son de *dare*, sino de *facere*} o constituir efectivamente un derecho (por ejemplo *dare usum fructum*) aumentar de algún modo el patrimonio del acreedor o rendir efectivamente unos servicios (*dare operas*) [...] Cuando *dare* no significa dar la propiedad, se indica con un complemento que expresa el fin de la dación: *dare pignori* (cuando se constituye un derecho real especial); *dare precario* [...] también *commodare*, etc. [...] todos los demás actos son de “hacer” es decir, de observar un determinado comportamiento, que puede ser incluso un abstenerse de algo (*non facere, pati*)[...] La distinción es muy importante para todo el derecho clásico, en especial, por la diferencia entre *dare* y *tradere* («entregar», que es un *facere*)» (d'Ors, *Derecho Privado Romano*, Ediciones de la Universidad de Navarra S.A, Pamplona, 1991, pág. 394). Sobre la evolución terminológica y conceptual del concepto de *dare* en el ámbito de la ejecución forzosa, vid. CARBALLO PIÑEIRO, Laura, *Ejecución de condenas de dar*, 2001, cit., págs. 126 y 127.

distingue, por ello, para la transmisión (*traditio*) de propiedad (u otros derechos reales) sobre bienes inmuebles, entre la denominada *tradición real*, que tiene lugar a través de la entrega posesoria de la cosa (puesta a disposición más toma de posesión), y la denominada *tradición ficticia* o *simbólica* (en la que se inserta la *tradición instrumental*<sup>32</sup>, realizada mediante documento público). En efecto, según el párrafo primero del art. 1.462 CC «se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión<sup>33</sup> del comprador» (tradición real) y según el párrafo segundo «Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario» (tradición instrumental)<sup>34</sup>.

Si la entrega realizada reviste la forma de tradición real podrán confluír en un mismo acto la entrega posesoria del bien y la transmisión de la titularidad jurídica sobre el mismo (cuando dicha transmisión resulte amparada por el título ejecutivo). En cambio, la tradición simbólica establece una cesura entre posesión y titularidad (pues esta última habrá sido obtenida por medio de una ficción de posesión: *traditio ficta*), haciendo titular al *accipiens* sin verdadera entrega del

---

<sup>32</sup> BADENES GASSET sitúa la tradición instrumental entre las formas de tradición fingida precisamente porque la entrega de los bienes no es real o material: «la tradición instrumental (*traditio instrumenti* o *traditio cartae*) es aquella en que se sustituye el cambio real de posesión por la forma escrita, con entrega del documento que acredita la compra o liberalidad o aun sin ella» (Badenes Gasset, Rafael, *El contrato de compraventa*, Tomo I, J. M.<sup>a</sup>, Bosch Editor S.A., Barcelona, 1995, pág. 440).

<sup>33</sup> Según GÓMEZ CALERO, «lo que se ofrece como evidente, en cualquier caso, es que la locución “poder y posesión” del artículo 1462 viene a fortalecer la idea de que el desplazamiento efectivo de la posesión material de la cosa es el acto que culmina la transferencia (y correlativa adquisición) de la propiedad con todas las atribuciones y facultades que son inherentes al derecho real pleno» (Gómez Calero, Juan, «Sobre la entrega de bienes inmuebles de la masa activa adjudicados en subasta judicial», en AA. VV., *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 4828).

<sup>34</sup> Añade GÓMEZ CALERO (continuando la cita anterior), que «siendo éste “el sentido recto, propio y usual” de la palabra entrega, hay que mencionar también dos formas o modalidades especiales de entrega, admitidas en nuestro Derecho. Una es la que tiene lugar cuando la venta se hace mediante escritura pública; pues, en tal supuesto, y siempre que del documento no resulte claramente lo contrario, el otorgamiento de la escritura tiene el mismo valor que la entrega (art. 1.462, párrafo segundo). Se trata de una de las formas espiritualizadas de entrega que el Código Civil reconoce en consonancia con la evolución histórica experimentada por la *traditio* y que comúnmente se designa como tradición instrumental (*traditio ficta*). La otra modalidad consistiría en la “puesta a disposición”, propia de la compraventa de cosas muebles regulada en el Código de Comercio (arts. 325-345)» (*ibidem*, págs. 4828 y 4829).

poder fáctico: tendremos casos de titulares sin posesión por existir un sujeto que ejerce de modo inmediato dicho poder sin ostentar la titularidad del bien<sup>35</sup>. En todo caso, el adquirente de un bien, consumada la adquisición o transferencia de derecho real con la tradición simbólica, adquiere, como parte del derecho real, el *ius possidendi* sobre el mismo<sup>36</sup>, el derecho a la entrega de su posesión (que ya no será una *traditio* en sentido estricto —un *dare*, en sentido romanista— pues la transmisión de titularidad ya estará consumada en el momento de la entrega), salvo que este derecho esté expresamente limitado por el contrato adquisitivo o por la ley (cuando, por ejemplo, se trata de un *constitutum possessorium* o la ley protege a ciertos arrendatarios frente a las transmisiones del bien arrendado). Por contra, quien ya tiene antes del proceso de ejecución el derecho real sobre el bien pero no su posesión inmediata (por haberla cedido contractualmente, el arrendador, por ejemplo) tendrá, una vez extinguido o resuelto el contrato que autorizaba la posesión por el no titular, derecho a ser reintegrado en su posesión inmediata, no siendo ya, evidentemente, traditiva dicha entrega posesoria. Es decir, si para la transmisión del derecho basta transferir una «posesión simbólica», en el derecho recién adquirido se puede fundamentar la entrega del poder directo sobre el bien (la «posesión real»).

#### b) Intervención del tribunal en la tradición

El art. 703.1 LEC<sup>37</sup> (bajo la rúbrica «entrega de bienes inmuebles»), distingue, como posible contenido del título<sup>38</sup>, la «transmisión» (aludiendo a la tradición

---

<sup>35</sup> Aquellos terceros que ostentan el poder material sobre el inmueble pueden, a su vez, cuestionar aquella titularidad si disponen de un contrato de fecha anterior a aquel mediante el cual se produjo la tradición instrumental y se ha verificado la tradición real a su favor con anterioridad a la instrumental (arts. 609, 1462 I y 1473 III CC); no obstante, habrá que tener en cuenta los efectos que sobre la transmisión de titularidad tiene la inscripción registral según el 1473 II CC y la Ley Hipotecaria (art. 34).

<sup>36</sup> Sin perjuicio de que merced a la inscripción registral y el efecto derivado del art. 38 I LH, sean considerados poseedores y, como tales, ejerciten también un *ius possessionis*.

<sup>37</sup> «Si el título dispusiera la transmisión o entrega de un bien inmueble [...], el Secretario judicial responsable de la misma ordenará de inmediato lo que proceda según el contenido de la condena [...]» (art. 703.1 LEC).

<sup>38</sup> Así lo entiende GAVILÁN LÓPEZ, para quien «el legislador, en el art. 703, distingue la entrega o transmisión del inmueble, ante la posibilidad de que no coincidan titularidad y posesión» (Gavilán López, Jesús, «La ejecución no dineraria», en *La ejecución provisional, la ejecución de títulos*

transmisiva de titularidad, incluyendo la instrumental) de la «entrega» (la tradición real opuesta en posesión, sea o no transmisiva de titularidad) del bien inmueble. Cuando la entrega jurisdiccional de la titularidad de un bien se desarrolla mediante tradición instrumental se acude al empleo de medios de ejecución de carácter sustitutivo o subrogatorio: el tribunal debe obtener o producir por sí mismo la documentación necesaria que permita la transmisión instrumental. Si la obligación de entrega procede directamente de la sentencia de condena el tribunal debe contribuir a la emisión de la documentación necesaria para la tradición instrumental empleando los medios de ejecución previstos para la emisión de una declaración de voluntad (art. 708 LEC)<sup>39</sup>. Cuando la transmisión del bien se ha

---

*extrajudiciales y la ejecución de sentencias de la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Cuadernos de Derecho Judicial núm. XIV-2001, CGPJ, 2003, pág. 287). En el mismo sentido, MONTERO AROCA y FLORS MATÍES sostienen que «transmisión y entrega son actividades diferentes; mientras la transmisión es jurídica, y por eso puede darse ordenando el tribunal al Registrador de la Propiedad, por medio de mandamiento, que proceda a inscribir una resolución judicial, con las cancelaciones de asientos que sean necesarias, las entregas comportan una actividad física, de puesta del ejecutante en posesión de una cosa. A esta actividad física se ha llamado tradicionalmente en nuestro derecho lanzamiento» (Montero Aroca, Juan, Flors Matíes, José, *Tratado del proceso de ejecución civil*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 2014). CARBALLO PIÑEIRO, interpreta de igual manera el artículo citado, pero lo entiende erróneo pues «en ejecución no se modifica la situación jurídica protegida y creada por el título; sólo se transmite la disponibilidad de hecho del bien sobre el que recae la actividad ejecutiva. Por tanto, es indiferente a efectos de ejecución si el dar que se exige como cumplimiento deriva de una condena que ha estimado una acción real o personal. Por esta razón, el art. 703.1 LEC 2000 se refiere a “transmisión o entrega”, aunque hubiera sido preferible mantener en el “poner en posesión”» (Carballo Piñeiro, Laura, *Ejecución de condenas de dar*, 2001, cit., pág. 124); sin embargo, siendo cierto que la transmisión deriva de la ley, lo hace con relación a la tradición que, aun cuando simbólica, no deja de requerir una actividad que puede y debe ser sustituida por el tribunal. Por tanto, el art. 703 pretende abarcar toda forma de entrega de inmuebles y en el concepto de entrega se incluyen tanto la transmisión de titularidad como la de posesión en función de lo que el título avale en cada supuesto.

<sup>39</sup> En este sentido, ORTELLS RAMOS, para quien «la actividad ejecutiva por prestaciones de dar cosa inmueble, puede precisarse de la realización de actividad ejecutiva por emisión de una declaración de voluntad (art. 708), particularmente para crear la situación necesaria para la práctica de los asientos correspondientes en el Registro de la Propiedad (negocio jurídico de transmisión o constitución del correspondiente derecho; declaración de obra nueva con arreglo a los arts. 45 al 55 del R.D. 1093/1997, de 4 de julio por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística)» (Ortells Ramos, M., *La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2005, cit., págs. 150 a 152). CARBALLO PIÑEIRO postula que la sentencia de condena sea el título inscribible con carácter general pues ve «lógico que, si el acta judicial es suficiente para inscribir la venta judicial (art. 674 LEC 2000), también la sentencia que reconoce la existencia del contrato debería ser suficiente para acceder al Registro: la sentencia ya perfecciona el contrato y la escritura pública no aporta nada nuevo. Pero la ausencia de una disposición expresa que lo autorice sustenta la práctica de otorgar escritura pública» (Carballo Piñeiro, L., *Ejecución de condenas de dar*, 2001, cit., pág. 333); en el mismo sentido vid. CATALÁ COMAS, Ch., *Ejecución de condenas de hacer y no hacer*, 1998, cit., págs. 291 a 296. También ORTELLS RAMOS, *Ibidem*, págs. 329 a 350.

realizado a través del procedimiento de apremio (sea en pública subasta o a través de algún medio alternativo de realización de bienes) el documento que consuma la tradición instrumental es el testimonio expedido por el secretario judicial reflejando el decreto de adjudicación dictado en la subasta (o, en su caso, el decreto que aprueba la transmisión mediante convenio de realización o enajenación a través de persona o entidad especializada), así como consignando el precio y las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria<sup>40</sup> (arts. 640.3, 642.2, 670.8, 674 LEC).

El comprador, convertido ya en titular mediante dicha tradición instrumental puede luego requerir del tribunal la puesta en posesión a la que tiene derecho como titular del bien: *ius possidendi*: art. 675 LEC. Cuando la LEC de 2000 ordena al tribunal poner al comprador en posesión del bien inmueble que no se hallare ocupado (art. 675.1), le está ordenando actuar en desarrollo o continuación de la potestad de sustitución del deudor que para la venta de sus bienes ostenta en el marco del proceso de ejecución dineraria y que, lógicamente, se extiende

---

<sup>40</sup> El reconocimiento del testimonio expedido por el secretario a que se refiere el art. 674.1 LEC como título susceptible de inscripción registral procede de la LEC de 1881 (art. 1514) en su redacción dada por la reforma de 30 de abril de 1992 (ley 10/1992, de Medidas Urgentes de la Reforma Procesal). Ésta, a su vez, se inspiraba tanto en el art. 131.17.ª LH como en el art. 265 de la LPL de 1990. Antes de la reforma mencionada era preciso documentar la transmisión en escritura pública de cuyo otorgamiento era responsable el tribunal (art. 1514 LEC/1881). La expedición de dicho testimonio se considera, además, momento de consumación de la venta, es decir, opera como «modo» que determina la transmisión de titularidad del bien inmueble. En este sentido, STS 29 de julio de 1999 señala que «promulgada la Ley 10/1992, la consumación de la enajenación se produce, conforme al art. 1514, con la expedición del testimonio del auto de aprobación del remate y demás requisitos se produce la tradición simbólica prevista en el art. 1462.2 del CC». Entiende esta sentencia que la entrega de posesión material de la finca no vale como tradición a estos efectos «pues la subasta judicial es un negocio jurídico formal, donde rige para la plena producción de efectos la sujeción al principio de legalidad, de manera que sus requisitos son garantías de la seriedad de la oferta pública que la caracteriza y del cumplimiento de todas sus formalidades»; del mismo modo, la STS de 1 de septiembre de 1997 (ponente, Almagro Nosete, RAJ 6376), declara que «en el supuesto de subasta de bienes inmuebles la aprobación del remate equivale al perfeccionamiento de la operación, en tanto que la escritura (ahora el testimonio del auto de aprobación del remate, con los requisitos exigidos) que confiere la posesión civilísima, sería la operación de consumación del acto procesal enajenatorio» (FJ 6.º). MORAL MORO afirma, en este sentido, que «una vez consignado el precio, el auto de aprobación del remate a que se refiere el art. 1514 lec, y el auto de adjudicación, al que alude la regla 17 del procedimiento judicial sumario tienen la misma eficacia traditoria que la escritura pública, a efectos de la tradición instrumental. Por tanto, las citadas resoluciones son un medio de adquisición por parte del adjudicatario de la posesión de derecho, y sus testimonios, junto con las formalidades establecidas en la LH, títulos suficientes para la inscripción del inmueble en el Registro de la propiedad» (Moral Moro, María José, *La subasta judicial de bienes inmuebles*, J. M.ª Bosch, Barcelona, 2000, pág. 368).



a la realización por sustitución de la entrega derivada de dicha venta: la legitimación del tribunal se extiende no sólo para la venta que genere los ingresos que requiere la ejecución dineraria, sino que se prorroga para realizar la tradición instrumental (art. 674 LEC) y la entrega de posesión (art. 675.1 LEC) al adquirente que participa como tercero en dicha ejecución dineraria. Realizada la transmisión judicial forzosa del bien (por tradición instrumental) la puesta en posesión (o puesta a disposición, como afirmaba la LEC de 1881) de bienes desocupados, es decir, sin necesidad de desposesión y, por tanto, sin contienda<sup>41</sup>, permite acudir analógicamente al régimen previsto como expediente de jurisdicción voluntaria en los arts. 2.059 a 2.062 de la LEC de 1881 (bajo el rótulo «posesión judicial) que se concreta en un requerimiento realizado por «alguacil del Juzgado [funcionario del Cuerpo de Auxilio] asistido del actuario [secretario judicial]» (art. 2058) a «inquilinos, colonos o administradores», para «reconozcan como poseedor» (art. 2059) al promotor del expediente (en su caso, al adquirente). En las normas citadas pueden apreciarse dos modalidades de puesta en posesión: una al servicio de la posesión mediata del adquirente (el requerimiento dirigido a arrendatarios, urbanos —inquilinos— o rústicos —colonos—), cuando del título no se derive el cese en su posesión, y otra al servicio de la posesión inmediata del adquirente, cuando ésta se instrumentalice a través de un servidor posesorio (administrador). En ambas modalidades, el punto de partida es la posesión ejercitada a través de terceros (poseedores inmediatos y servidor posesorio, respectivamente).

En cambio, cuando al amparo del art. 675.2 LEC el tribunal debe proceder al lanzamiento por hallarse ocupado el inmueble, aunque se persigue, como en el caso anterior (675.1 LEC) la puesta en posesión del comprador, la prestación jurisdiccional no es ya la consecuencia o «prórroga» de la operación de apremio realizada con base en la acción ejecutiva que dio origen a la ejecución dineraria, sino del ejercicio de una nueva acción del adquirente (tercero en el proceso de ejecución dineraria pero ahora demandante) para la

---

<sup>41</sup> La aplicación analógica de estas normas era reclamada para regir la entrega judicial de bienes en los supuestos regulados en los arts. 1515 LEC/1881 (entrega de bienes subastados) y 926/1881 LEC (ejecución de condenas no dinerarias), teniendo en cuenta que aquí funcionarían las normas en una situación litigiosa: como forma de desposesión de un demandado que resiste la entrega.

cual dispone del plazo de un año. El título ejecutivo será el testimonio del decreto de adjudicación del secretario judicial conteniendo las menciones legalmente establecidas. El demandado en esta acción ejecutiva será bien el demandado en el primer proceso o bien un tercero, aunque sólo de éste último se ocupa el art. 675.2 LEC. La puesta en posesión en satisfacción de la acción ejecutiva prevista en el art. 675.2 LEC debe desarrollarse mediante los trámites propios de la ejecución forzosa por obligaciones de dar cosas determinadas y, específicamente, mediante el lanzamiento (expresamente mencionado por el art. 675.2 LEC) con todos los incidentes que éste conlleva, incluido el de intervención de terceros (que también se menciona expresamente e, incluso, se regula —art. 675, apartados 3 y 4—). Hallándose ocupado por el propio ejecutado también estaremos ante el ejercicio de la acción autónoma para la entrega posesoria recién descrita, sin necesidad ahora de desarrollar el incidente de intervención (reservado a los terceros cuyo derecho frente al demandante no ha sido valorado)<sup>42</sup>.

#### *2.4. Lanzamiento como entrega judicial de la posesión inmediata de bienes inmuebles*

En el marco de la actividad procesal para la entrega de posesión judicial de bienes inmuebles que acabamos de describir se sitúa el lanzamiento. Así lo evidencia su mención en los arts. 675 («*Posesión judicial y ocupantes del inmueble*»), 703 («*Entrega de bienes inmuebles*») y 704 («*Ocupantes de inmuebles que deban entregarse*»)<sup>43</sup>. En particular, su función se relaciona con la entrega judicial de bienes ocupados, como se deduce de la mención sistemática de esta forma de ejercicio de poder sobre el inmueble como situación que precede al lanzamiento

---

<sup>42</sup> Sobre esta cuestión volveremos infra, § 3.3.

<sup>43</sup> «Si el inmueble estuviere ocupado [...] ordenará de inmediato el lanzamiento [...] de quienes [...] puedan considerarse ocupantes [...]» (art. 675.2); «La petición de lanzamiento [...] se notificará a los ocupantes»: (art. 675.3); «Si el inmueble a cuya entrega obliga el título ejecutivo estuviera ocupado [...] el ejecutante podrá pedir al tribunal el lanzamiento de [...] [los] ocupantes [...]» (art. 704.2); La ocupación a que se refieren estas normas parece aludir al poder material y directo (posesión inmediata, sin poseedores intermedios) de un sujeto, razón por la que el ocupante puede realizar en el interior del inmueble instalaciones o plantaciones (las que luego reclama): «Cuando durante el lanzamiento se reivindique por el que desaloje la finca la titularidad de cosas no separables» (art. 703.2 LEC) o producir daños (que luego le son exigidos): «De hacerse constar en el lanzamiento la existencia de desperfectos en el inmueble originados por el ejecutado o los ocupantes [...]» (art. 703.3 LEC).

(mención expresa a la ocupación en los arts. 675.2 y 704 LEC e implícita en el art. 703 LEC, en cuanto es al ocupante a quien se imputan los supuestos deterioros o mejoras) y, como se deduce a contrario, de su improcedencia cuando el bien inmueble se halla desocupado (como se sigue de la lectura conjunta de los dos apartados del art. 675, tal como hemos hecho en el apartado anterior)<sup>44</sup>. Se sigue de lo anterior que queda fuera de la actividad de lanzamiento la actividad procesal de entrega de bienes orientada exclusivamente a la transmisión de la titularidad sobre los mismos. Dicha actividad puede formar parte de la consumación de la enajenación forzosa en la ejecución dineraria (arts. 674 y 675.1 LEC) o de la ejecución forzosa de deberes de entrega de bienes inmuebles al amparo de cualquier otro título ejecutivo (como la que contempla el art. 703.1 LEC), pero esta forma de entrega no siempre requiere el lanzamiento posterior.

Trataremos a continuación de precisar las formas de poder sobre el inmueble que están en la base del lanzamiento, es decir, aquellas formas de poder que serán objeto de sustitución. En primer lugar, por lo que respecta al tipo de inmueble, el art. 704.2, alude a la ocupación de viviendas de modo permanente (habitual), en tanto que el art. 703.2 alude a la de fincas rústicas (las únicas susceptibles de plantaciones) cuya forma de posesión no es necesariamente una presencia permanente; otros artículos en los que se menciona el lanzamiento no especifican ni el tipo de inmueble ni su forma de posesión, por lo que se puede estimar que se trata de cualquier forma de poder (inmediato como veremos luego) sobre el inmueble y respecto a cualquier tipo de inmueble (arts. 703.1 y 675 LEC).

En segundo lugar, la ocupación que enmarca el lanzamiento es, en nuestra opinión, sinónimo de un poder directo o inmediato sobre el inmueble, de un goce, sea permanente o no, pero que se obtiene directamente del inmueble y no a través de su posesión por otro sujeto, es decir, el poder que expresa una posesión inmediata (en su caso, mediante servidores de la posesión) y no mediata. El

---

<sup>44</sup> Con toda claridad, el art. 675 LEC distingue entre la entrega del inmueble por el tribunal cuando éste se halla «desocupado» —a lo que denomina «puesta en posesión»— y la entrega cuando se halla ocupado —reservando para este segundo supuesto el calificativo de lanzamiento—. La puesta en posesión que el tribunal realiza en el primer caso puede considerarse parte de la ejecución dineraria, en tanto que el segundo forma parte de un nuevo proceso.

desapoderamiento que el lanzamiento persigue como elemento de la entrega o transmisión posesoria es, por tanto, la forma de suprimir dicho poder inmediato sobre el inmueble. Confirmamos así que la entrega de la posesión mediata (aquella en que el poder físico sobre el inmueble lo ejercen otros poseedores cuya legitimidad frecuentemente no se discute y a través de los cuales el demandado ejercía su poder y satisfacía su interés) queda excluida del concepto y de las medidas propias del lanzamiento.

En tercer lugar, el poder material sobre el inmueble que constituye el supuesto de hecho del lanzamiento es aquel que impide la satisfacción del acreedor, de modo que no cesando aquél en su ejercicio de poder no se puede producir la entrega posesoria a que da derecho el título sino, todo lo más, una posesión compartida, algo que no persigue el lanzamiento como medio de ejecución. Es decir, la posesión inmediata que pretende el demandante (a la que da derecho el título y que debía prestar el demandado) es contradictoria con la posesión inmediata del inmueble por el demandado: en el contexto del lanzamiento no cabe una puesta en posesión del demandante sin desposesión previa del inmueble al demandado. Es más, es concebible un lanzamiento en que el demandante ya goce de la posesión inmediata del inmueble, si bien compartida con el demandado, siendo entonces la función del lanzamiento ampliar la posesión, de modo que pase a ejercerla aquél en exclusiva según lo previsto en el título ejecutivo: el lanzamiento buscará en estos casos hacer plena la posesión del acreedor mediante el desapoderamiento del deudor. Tal será el caso del lanzamiento del cónyuge no adjudicatario de la vivienda en un proceso de nulidad, separación o divorcio y, en cierto modo, también la de la comunidad de propietarios que haya obtenido, *ex art. 7.2, párrafo quinto LPH*, la condena al desalojo de los ocupantes del inmueble en el que desarrollaban actividades molestas, insalubres, nocivas o peligrosas. En este segundo caso la comunidad recuperará, para cada uno de los copropietarios, tanto la posesión pacífica de las zonas comunes como de las privativas que resultaban afectadas por aquellas actividades intrusivas.

Por otra parte, si bien la finalidad de desapoderamiento del ocupante es el elemento definidor de la actividad de lanzamiento, no puede perderse de vista la

conexión que tiene este desapoderamiento con la puesta en posesión; por esta razón, la presencia de terceros ocupantes en el inmueble no es ajena al demandado que no queda eximido de su responsabilidad si su abandono del inmueble se ha producido en condiciones tales que han dificultado o impedido la toma de posesión. Por ejemplo, no estará consultado el lanzamiento (desposesión) cuando el ejecutado, pese a su abandono del inmueble ha favorecido la ocupación por un tercero (entregándole las llaves o de cualquier otra forma). Por la misma razón, la ocupación del inmueble por un tercero distinto del demandado, en cuanto impide una transferencia posesoria que el título ampara y considerando el deber de toda persona a contribuir al éxito de la ejecución forzosa según los arts. 118 CE y 17 LOPJ, sólo puede tolerarse si existe una causa jurídica o título independiente del ostentado por el deudor y que sea adecuado, *prima facie*, para impedir la entrega (el título «suficiente» a que aluden los arts. 704.2 y 675.2 LEC); de otro modo, habrá que considerar la ejecución no consumada: hay que continuar el lanzamiento frente a los terceros (de ser necesario —por alegar un título— vencidos en el incidente) sin perjuicio de la responsabilidad subsistente del deudor originario.

La finalidad posesoria del lanzamiento la expresa muy claramente el art. 703.4 LEC cuando establece (con referencia al caso específico de ejecución de la sentencia de desahucio de finca urbana, pero cuyo significado es válido para todo supuesto de lanzamiento) que la «entrega de la posesión efectiva» al demandante permite cancelar la diligencia de lanzamiento prevista y la declarar ejecutada la sentencia ; pues, en efecto, es la «entrega de la posesión» y no el *mero abandono* por el demandado (desposesión) el que según esta norma hará perder su objeto o función al lanzamiento y permitirá tener por ejecutada la sentencia. Es más, la calificación de la posesión que se entrega como «efectiva» insiste, precisamente, en la necesaria subrogación en la posesión que el lanzamiento pretende procurar como instrumento de entrega posesoria: para el art. 703.4 LEC no se consdiera el el abandono como forma de entrega posesoria (porque no lo es) sino que se exige que el demandante pueda acceder, como consecuencia de dicho abandono, de forma inmediata y a su voluntad, al inmueble. Cuando el artículo 704.4 LEC admite que no obstante

la entrega «efectiva» de la posesión (que el propio demandante constata y así notifica —y acredita— ante el juzgado) se mantendrá «la diligencia» programada, se debe entender que se mantiene vigente el señalamiento, pero la diligencia que se pretende desarrollar no es ya una diligencia de lanzamiento (para satisfacer una pretensión ejecutiva de entrega ya verificada) sino una diligencia para hacer constar los deterioros causados al inmueble (es decir, la diligencia al servicio de una pretensión acumulada de naturaleza declarativa, como veremos más adelante<sup>45</sup>).

En el contexto del proceso de ejecución forzosa para la entrega de bienes inmuebles, en el que se ubica sistemáticamente el régimen legal del lanzamiento, aunque limitándonos, por ahora, al punto de vista de la satisfacción jurídica del acreedor<sup>46</sup> (y partiendo, por supuesto, del concepto inicial que expusimos a partir del sentido usual de la palabra) puede afirmarse que el lanzamiento es la actividad desplegada por un tribunal en un proceso de ejecución forzosa, destinada a sustituir al demandado en la prestación de dación o entrega de la posesión inmediata de un bien inmueble a la que está obligado, una vez que dicho demandado no la ha verificado voluntariamente, mediante su desposesión y correlativa puesta en posesión del demandante, tanto si este demandado aun mantiene el poder sobre dicho inmueble como si este poder corresponde a terceros que, sin embargo, no puedan oponer frente al título ejecutivo del demandante un mejor derecho a poseer.

Frente a la definición que resultaba de un mero análisis lingüístico, el «despojo» que sufre el demandado cobra sentido en el marco de realización de un derecho a la satisfacción jurídica amparado por un título ejecutivo, lo que permite, por una parte, tomar en consideración la puesta en posesión como parte integrante de la actividad procesal y, por otra, relativizar la conducta del deudor que de ser aparentemente el único objeto de la prestación jurisdiccional (del lanzamiento) comparte ahora su lugar con la entrega del inmueble.

---

<sup>45</sup> Sobre la naturaleza de estas pretensiones y de la actividad procesal correspondiente nos ocuparemos con más detalle en el capítulo siguiente.

<sup>46</sup> Otras funciones en § 2.2.

### 2.5. Medios de entrega posesoria que comprende el lanzamiento

La concreta actividad jurisdiccional con la que el tribunal debe desposeer al demandado (o al tercero) y poner en posesión al demandante no está descrita en la LEC. Los artículos de la LEC que mencionan esta figura lo hacen como parte de la descripción del supuesto de hecho de la norma que establecen, es decir, señalan que con ocasión del lanzamiento (pero sin definir éste) y concurriendo otras circunstancias (la presencia de terceros que no figuran en el título, de ocupantes que viven en el inmueble, de mejoras no separables, de deterioros causados al inmueble) —supuesto de hecho— habrá de procederse de manera determinada respecto de tales circunstancias (dar un plazo a los ocupantes para presentar los títulos y darles audiencia, otorgar un plazo al ocupante para que abandone el inmueble, resolver sobre el abono de las mejoras, hacer constar los deterioros, etc.) —consecuencia jurídica—.

Esta falta de regulación obedece, según nuestro criterio, a una opción consciente del legislador que se remonta a la LEC de 1855, habiendo recibido, en general, la alabanza de la doctrina<sup>47</sup>. La variedad de formas y matices que reviste la posesión inmediata de un bien inmueble hacen lógica la opción del legislador de no determinar con más precisión el modo de realizar la entrega jurisdiccional forzosa. El tribunal habrá de hacer «lo que proceda» para

---

<sup>47</sup> MANRESA/MIQUEL/REUS, comentando el texto de 1855, entienden que «no se determinan ni podían determinarse estos medios, porque no es fácil prever la diversidad de casos y circunstancias: se dejan, por tanto, a la prudencia y criterio del juez, el cual procurará que sean los más adecuados al efecto, evitando toda dilación, vejación y gasto que no sea de absoluta necesidad» (Manresa y Navarro, José María; Miquel, Ignacio; Reus y García, José, *Ley de Enjuiciamiento civil comentada y explicada para mejor inteligencia y aplicación*, Tomo IV, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1861, pág. 178). Por su parte FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, con relación al texto del art. 926 de la LEC de 1881, igualmente genérico, alababa la indeterminación que deja al juez en absoluta libertad y no le coarta «con abrumadoras previsiones legales que corren el riesgo de ser insuficientes» (Fernández—Ballesteros, Miguel Ángel, en de la Oliva Santos, Andrés y Fernández-Ballesteros, Miguel Ángel, *Derecho procesal civil*, vol. III, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, CERA, Madrid, 1990, pág. 238). Mantiene su misma opinión con respecto al texto del art. 703.1 (Fernández -Ballesteros, Miguel Ángel, en *AA. VV.*, *Derecho procesal civil. Ejecución Forzosa. Procesos especiales*, CERA, Madrid, 2000, pág. 322 y 323). Una postura prudente adoptan MONTERO AROCA y FLORS MATÍES, para quienes «es de lamentar que la LEC de 2000 no haya previsto la multitud de incidencias que suelen surgir con ocasión de los lanzamientos, atendiendo a la experiencia práctica muy dilatada, aunque puede ser que haya preferido dejar a la petición de la parte y a la decisión judicial todo un conjunto de lo que proceda» (Montero Aroca, Juan; Flors Maties, José, *Tratado del proceso de ejecución civil*, tomo II, tirant lo blanch, Valencia, 2004, págs. 2014 y 2015).

alcanzar el resultado previsto en la condena (art. 703.1.I LEC) y «lo que proceda», dependerá de la forma del poder que el demandado ejerza sobre el bien (personalmente o a través de terceros —distinguiendo entonces la naturaleza del vínculo del demandado con los terceros: contractual laboral o de otra naturaleza: vínculo familiar o de amistad—), la naturaleza del bien de que se trate (finca rústica, urbana) y el uso al que se destina (vivienda, negocio, empresa, explotación agraria...)<sup>48</sup>. La indeterminación de las medidas de sustitución y coerción a adoptar por el tribunal, se muestra, en este sentido, como un instrumento al servicio de la tutela eficaz del acreedor, en cuanto permite al tribunal acudir a una variedad de medios compatible con el fin perseguido<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> CARBALLO PIÑEIRO sostiene que «el juez encargado de la ejecución debe adoptar las medidas idóneas para una ejecución efectiva de la condena de dar; esto es, *todas las diligencias conducentes a la puesta en posesión*. Aquí, de forma analógica, pueden aplicarse las reglas civiles sobre tradición, ya que ésta es sinónimo de entrega, así como las propias normas con que cuenta la LEC acerca de la posesión judicial {Guasp, J., *Derecho procesal civil*, II, págs. 227-229; Manresa y Navarro, J.M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, IV. Cit., pág. 471 }» (Carballo Piñeiro, L., *Ejecución de condenas de dar*, 2001, cit., pág. 326; el subrayado es nuestro). DELA OLIVA señala que «el art. 703 LEC [...] en su apartado 1 [...] ordena, ante todo, que el tribunal acuerde de inmediato “lo que proceda según el contenido de la condena” [...]. La amplitud de esta fórmula legal [...] obedece a la diversidad de posibles condenas, // diversidad no circunscrita sólo a la parte dispositiva de la sentencia (o del laudo arbitral) sino al fundamento o título de la entrega. No obstante, es indudable que, si pasado el plazo establecido en el requerimiento del art. 699 LEC, el requerido (el ejecutado) no ha entregado el bien inmueble, lo que procede es una actuación jurisdiccional equivalente. La puesta en posesión del bien inmueble en los términos del título» (de la Oliva Santos, A., en VV. AA. *Derecho procesal civil. Ejecución Forzosa. Procesos especiales*, CERA, Madrid, 2000, págs. 322 y 323). Entiende ORTELLS RAMOS, que «la referencia que hace el art. 703.1 LEC a que el tribunal ordenará lo que proceda según el contenido de la condena a transmitir o entregar un bien inmueble [...] lo es a unas actuaciones distintas a la práctica de los asientos en el Registro. Consiguientemente la delimitación positiva de tales actuaciones permite definir las como *aquellas mediante las que se entrega al ejecutante la posesión del bien inmueble, de modo material—que posibilite su acceso al inmueble y el uso y disfrute del mismo— o de un modo jurídico efectivo*» (Ortells Ramos, Manuel, «Ejecución de prestaciones no dinerarias» en *III Jornadas...*, 2003, cit., pág. 318; el subrayado es nuestro).

<sup>49</sup> ORTELLS RAMOS, enumerando los actos destinados a entregar la posesión al ejecutante señala la existencia de actos jurídicos «(1) destinados a dar al ejecutante la posesión mediata: si el inmueble está ocupado por terceros cuyos derechos impliquen la posesión inmediata del inmueble y deban ser respetados por el ejecutante (por ejemplo, arrendatarios, usufructuarios) la puesta en posesión del ejecutante consistirá en la notificación por el tribunal a aquellos terceros del título ejecutivo que confiere al ejecutante un determinado derecho superior sobre el bien inmueble»; otros (2) destinados a «eliminar obstáculos materiales que impiden que el ejecutante acceda al inmueble o que manifieste su posesión sobre él» y, finalmente (3), los que tienen como fin el ejercicio de «coacción directa sobre las personas que ocupan el inmueble, para expulsarlas del mismo» (Ortells Ramos, Manuel, «Ejecución de prestaciones no dinerarias» en *III Jornadas...*, 2003, cit., págs. 318 y 319). Estas dos últimas formas atribuyen, según nosotros, la posesión inmediata. Sin especificar las modalidades.



La indeterminación de las medidas requeridas para la entrega posesoria a que nos venimos refiriendo cumple una segunda función que si no una decisión consciente del legislador es, al menos, resultado de la interpretación sistemática (y, por tanto, también conforme a la Constitución) de las instituciones procesales: permitir la aplicación del principio de proporcionalidad, favoreciendo la ponderación de la eficacia de los medios posibles para satisfacer al acreedor con su repercusión en la constricción de la esfera jurídica del demandado, seleccionando, en consecuencia, aquellos medios más conformes al citado principio, exigencia de la que ya nos hemos ocupado en el capítulo anterior.

En nuestra opinión, las medidas a las que puede acudir el tribunal como integrantes del lanzamiento son todas aquellas que requiera la efectividad de la entrega posesoria forzosa (desposesión y puesta en posesión) siempre que sean conformes, según las circunstancias, con la proporcionalidad exigida: es decir, cualesquiera medidas de coerción o sustitución de las diferentes conductas instrumentales de entrega de la posesión que debía haber realizado el demandado. Las medidas tendrán, como las conductas que sustituyen, diferente naturaleza y alcance muy diverso: medidas sustitutivas de una entrega de cosa mueble como aquéllos que permiten el acceso al inmueble (como llaves, dispositivos electrónicos de acceso...); medidas sustitutivas de un hacer fungible del deudor como la apertura de lugares cerrados, la retirada de medios físicos de control (como animales de vigilancia), la comunicación con ocupantes tales como empleados, familiares o huéspedes (instándoles al abandono del inmueble, la comunicación con encargados de vigilancia y custodia requiriéndoles a que permitan el acceso a los nuevos poseedores o a la Comisión judicial; medidas sustitutivas de conductas personales no fungibles (que sólo puede realizar el deudor) pero no personalísimas (pues no dependen de cualidades personales del deudor), como la salida del inmueble; medidas sustitutivas de conductas de no hacer, como no regresar al inmueble o no realizar gestiones en relación con el inmueble que impliquen ejercicio de poder sobre el mismo (acudir a comunidades de propietarios y tomar decisiones en ellas, gestiones de alquiler o venta); conductas de hacer personalísimo (cuando alguno de los elementos de acceso al inmueble, por ejemplo, sean valiosos o de difícil sustitución: la entrega del código

de acceso para abrir una puerta de seguridad). Las diferentes medidas que se adopten para la sustitución o coerción de dichas actividades instrumentales de entrega deben someterse a las normas procesales correspondientes a la naturaleza de la actividad sustituida (normas procesales reguladoras de las medidas para dar cosas muebles, hacer o no hacer, incluidas, en su caso, las multas coercitivas para el cumplimiento forzoso de obligaciones de no hacer o de hacer personalísimo). Dichas medidas, con ser instrumentales no alteran la naturaleza del lanzamiento como actividad ejecutiva de dación o entrega de cosa inmueble determinada<sup>50</sup>.

Puesto que las medidas apropiadas (multas coercitivas) para forzar obligaciones de hacer personalísimo y de no hacer que son instrumentales para la entrega del inmueble se apartan de las medidas tradicionalmente asociadas a la actividad procesal de lanzamiento, haremos a continuación un análisis histórico que justifica, en nuestra opinión, la superación de esta tradicional limitación.

En las precedentes leyes de enjuiciamiento las posibilidades para la coerción de obligaciones de hacer y de no hacer se hallaban limitadas por la vigencia de la conocida regla *nemo ad factum praecise cogi potest*<sup>51</sup>. Según esa regla, el tribunal no podía sustituir al deudor en un hacer personalísimo (en cuanto hacer que sólo era satisfactivo si lo efectuaba el deudor, pues la satisfacción dependía de sus facultades personales) o en un no hacer (prestación siempre personal, pues solo tiene sentido referida al deudor), debiéndose transformar la prestación de hacer o de no hacer originaria en una prestación dineraria equivalente que pudiera ser realizada mediante la enajenación forzosa del patrimonio del deudor. Quedaba

---

<sup>50</sup> Sobre la posibilidad de emplear para la prestación de dar cosas inmuebles medios de ejecución regulados sistemáticamente en otra sede vid. supra, primera parte, capítulo segundo, § 1.2.2.

<sup>51</sup> Para el significado y evolución del principio vid. VERDERA SERVER, R., *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, 1995, cit., págs. 280 y sigs. Este autor señala que «la evolución del principio no es lineal sino que ha sufrido alteraciones y matizaciones a lo largo de la historia [...] Fueron glosadores y postglosadores quienes, al constatar que la ejecución *in natura* era fácil en las obligaciones de dar y tremendamente difícil en las de hacer, procuraron descubrir en los textos de derecho romano una regla similar [...] Esa regla se halló en un texto de CELSO (Digesto 42,1,13,1) que permitió a los juristas afirmar que el derecho romano sí distinguía entre el incumplimiento de obligaciones de dar (consecuencia: ejecución específica) y de hacer (consecuencia: condena pecuniaria) [...] reflejaba además el principio ético-religioso del libre albedrío en la medida que el cumplimiento de la obligación de hacer se consideraba la más inmediata y cualificada expresión de la voluntad y la personalidad del deudor» (*Ídem*).

excluida la posibilidad de coacción directa o indirecta para forzar la voluntad del deudor a una prestación de esta índole. No obstante, de la regla expuesta se sustraía la entrega de bienes determinados: la conducta del deudor consistente en la entrega de los bienes específicos bajo su poder. Para admitir el empleo de la fuerza sobre la persona en la entrega de bienes sin menoscabo del principio prohibitivo distinguía la doctrina entre el hacer «personal» y el hacer «personalísimo». Conducta personal sería la que sólo puede realizar el demandado, personalísima, aquella conducta personal cuyo valor depende de cualidades intrínsecas del demandado<sup>52</sup>. El hacer en que consiste el abandono del inmueble es personal, pues debe desarrollarlo el deudor que lo tiene en su poder (no se puede sustituir sin contar con el deudor), pero no es personalísimo en cuanto no es una cualidad del deudor lo que hace relevante su conducta para el acreedor sino un mero hecho (su posesión sobre el bien) cuya cesación sólo requiere del ocupante una conducta muy básica: un mero desplazamiento locativo en el caso de inmuebles, ajena por completo a sus cualidades personales. El «factum» cuya coerción estaba prohibida por la regla «nemo... praecise cogi potest» sería el personalísimo, pero no del personal. La excepción a la prohibición de coerción de

---

<sup>52</sup> Como señala VERDERA SERVER «la prestación de dar no requiere cualidades especiales en el transmitente de la cosa: lo esencial radica en el traspaso posesorio consecuencia de esa actuación» (Verdera Server, R., *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, 1995, cit., pág. 228). HERNÁNDEZ DE LA RÚA, comentando el art. 896 de la LEC de 1855 afirmaba: «se clasifican los hechos por medio de una distinción; los unos son personales y los otros personalísimos: corresponden a la primera clase, aquellos hechos que pueden ejecutarse por medio de un tercero; y a la segunda, aquellos que por sus circunstancias especiales no son ejecutables sino por la misma persona condenada en la sentencia. Supóngase que recae un fallo por el que se demanda al inquilino a desalojar una habitación; este hecho es personal únicamente; si se condena a un poseedor a la entrega de una cosa o a la restitución, este hecho es de igual especie que el anterior. Pero si por el contrario se fallase condenando a prestar una fianza prometida y no la diese, como este hecho no puede ejecutarse por otro, se calificará de personalísimo. En el primer caso, recibida por el juez la ejecutoria, y hecha saber al que la obtuvo, a instancia de éste se acordará por el juez, que haga saber o se requiera al condenado, que dentro del plazo que el mismo le señala en la providencia cumpla lo mandado en la sentencia. Pasado ese término, podrá acudir de nuevo al juez, esponiendo que no ha ejecutado aquello a que había sido condenado, y sin más concesión de plazo, determinará que se proceda a cumplir lo sentenciado, espresando que se haga por aquel o aquellos medios que sean mas a propósito, menos costosos y más rápidos para llegar al término deseado. Si por ejemplo, se hubiese condenado a la entrega de un caballo determinado, mandará el juez que se haga saber al poseedor le ponga de manifiesto para entregarle; si no lo hiciere acordará que se recoja por medio de alguacil del juzgado, estendiendo diligencia autorizatoria por escribano, y que se entregue; si se condenase al laboreo de una heredad, o a la construcción de un objeto en que no se exija la industria individual, se mandará ejecutar lo uno o lo otro por medio de operarios inteligentes, a costa del que no quiso hacer» (Hernández de la Rúa, Vicente, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Imprenta del Boletín de Jurisprudencia, s.l., 1858, segunda edición, tomo III, págs. 103 y 104).

conductas de hacer (permitiendo las personales) era una exigencia lógica en salvaguarda del sistema de responsabilidad exclusivamente patrimonial admitida por el sistema: de otro modo, el patrimonio hubiera quedado también exento a la acción ejecutiva al no poderse coaccionar la conducta instrumental de entrega posesoria de bienes, incluso en el caso del adquirente mediante subasta pública, instrumento esencial de la responsabilidad patrimonial<sup>53</sup>. El lanzamiento, en este sentido, fuerza también una conducta que, en cuanto instrumental de una entrega patrimonial, era irrenunciable en un sistema de responsabilidad que se centra en el patrimonio (art. 1911 CC). Es decir, no se podía obligar a pintar un cuadro o dar una conferencia, pero sí a abandonar un inmueble o entregar un bien mueble.

No es sólo que no se pudiera llevar tan lejos la protección de la esfera de decisión de la persona sin dejar inerme el sistema de ejecución en su raíz. Además no era necesario para la finalidad ética (o ideológica, según se mire) de la regla: evitar lesiones intolerables a la libertad de la persona. Lo que se quiere evitar con la prohibición de ejecución personal es que la persona en sí misma se considere un valor económico (aun cuando sea a través de la patrimonialización de determinadas expresiones de su libertad en forma de hacer o no hacer): si se patrimonializa la persona se merma su dignidad. Por tanto la prohibición no era una prohibición absoluta en defensa de la libertad de decisión (que hubiera sido consagrar un «derecho a no cumplir») sino una restricción de las consecuencias más graves de la coerción sobre la esfera de libertad del sujeto. En el caso de coerción de las conductas de entrega de bienes no se produce<sup>54</sup> una restricción grave de dicha esfera de libertad personal por dos razones: primero, porque las

---

<sup>53</sup> Sobre la consideración especial que el hacer instrumental de una entrega (el *dare*) tenía incluso en el contexto de la LEC de 1881 señala VERDERA SERVER que: «resulta interesante constatar el diferente régimen al que se somete la obligación en función de su naturaleza. [...] la restricción legal de los medios necesarios para la ejecución de las sentencias derivada del art. 923.I LEC, puesto que sólo cabían “los que se expresan en los artículos que siguen”. [...] sólo afecta a las medidas relativas a las obligaciones de hacer y de no hacer, pero que, en cambio, no trasciende a las obligaciones de dar [...] La justificación parece encontrarse en un mayor respeto (o escrúpulo) por la esfera personal del ejecutado, que se vería afectada necesariamente si se le obliga a hacer o no hacer algo contra su voluntad; en cambio, esa incidencia no se produce si sólo se le desposee de algún bien que está en su patrimonio» (Verdera Server, Rafael, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, 1995, cit.).

<sup>54</sup> Por esta sola razón, cosa distinta es que la medida de entrega referida a bienes como la vivienda que satisfacen o amparan derechos fundamentales puedan, en ciertas circunstancias, vulnerar la dignidad de la persona. Este es un tema recurrente en este trabajo.

conductas coaccionadas son conductas muy básicas y sencillas (dejar tomar el bien mueble, abandonar el inmueble) concretadas en un momento del tiempo (instantáneas) y, en segundo lugar, que, tal privación de libertad queda acotada en su alcance y extensión por su finalidad instrumental respecto al patrimonio, lo que disminuye el riesgo de una agresión excesiva a su esfera personal: liberado el bien del poder del deudor, éste recobra su libertad. Es este sentido limitador del patrimonio respecto a la libertad el que ha dirigido la evolución de los mecanismos ejecución de obligaciones de hacer y de no hacer, canalizando la coerción de la conducta a través de medios indirectos de base patrimonial (las multas coercitivas) que sólo requieren el grado de coerción propio de la ejecución de obligaciones de dar<sup>55</sup>.

En coherencia con la anterior doctrina, los comentaristas de la LEC de 1855 (MANRESA/MIQUEL/REUS)<sup>56</sup>, al analizar las actividades requeridas para el lanzamiento de un inmueble poseído por el deudor mediante ocupación material u otra forma de posesión inmediata, no dudaron en proponer medidas de coerción directa (que, como hemos visto, son adecuadas para la ejecución de aquel hacer personal instrumental de una entrega: el abandono o salida); tratándose de una vivienda, decían, «se arrojará de ella [la vivienda] al inquilino con sus muebles [...] se recogerán las llaves y se entregarán a su dueño»; empleando la fuerza necesaria (como coerción directa de un hacer personal): «si el arrendatario o inquilino hiciere resistencia, podrá emplearse la fuerza pública para lanzarlo, reclamada por el Juez de quien corresponda, sin perjuicio de los procedimientos criminales a que daría lugar este atentado»<sup>57</sup>. Sin embargo, cuando la posesión del

---

<sup>55</sup>Aunque hoy no existe tal prohibición absoluta de ejecución personal lo, cierto es que vinculando una prestación de hacer o no hacer a un patrimonio se evitan constricciones peligrosas sobre la libertad individual que puedan llegar a dañar la dignidad de la persona (verdadero fin de la prohibición de ejecución personal). Por ello, la coerción de conductas personalísimas hoy admitida se realiza indirectamente a través de multas (medio patrimonial): el patrimonio opera como un límite objetivo a la coerción.

<sup>56</sup> MANRESA Y NAVARRO, José María; MIQUEL, Ignacio; REUS Y GARCÍA, José, *Ley de Enjuiciamiento civil comentada y explicada para mejor inteligencia y aplicación*, Tomo III Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1857, pág. 532.

<sup>57</sup> Al analizar los arts. 1599 y 1600 en sus comentarios a la LEC de 1881, MANRESA afirma que «para llevar a efecto el lanzamiento deberán emplearse los medios adecuados a cada caso. [A] Si es una casa de habitación [1] se arrojará de ella al inquilino con sus muebles, menos los que deban retenerse para el pago de costas, con arreglo al artículo 1601; [2] se recogerán las llaves y se entregarán

inmueble se ejercía mediante un uso no permanente (sobre todo tratándose de una finca rústica) y la conducta de entrega había de consistir en que el ejecutado (no insistiendo en su actividad de explotación: no hacer) dejase, con su inactividad (*pati*), tomar al acreedor la posesión del inmueble, sostenían que lanzamiento sólo podría consistir en la coerción indirecta consistente en «un simple requerimiento al colono para que se tenga por desahuciado [sic.] y lanzado de ella, sin perturbar en su posesión al dueño». Pero en caso de fracaso del citado requerimiento no se proponía otra nueva medida de ejecución<sup>58</sup> y se entendía que la cuestión habría abandonado ya el terreno de la ejecución y regresado al declarativo: ahora el arrendador debería «hacer uso del interdicto o juicio correspondiente». En el mismo sentido, DE LA RÚA sostenía que al colono «bastará con intimarle que no

---

al dueño; y si la casa estuviere cerrada y no compareciere el inquilino, [3] podrá descerrajarse la puerta y [4] se depositarán en forma los muebles que en ella se encontraren. [B] lo mismo se practicará tratándose de un establecimiento mercantil o de otra clase. [C] Si es finca rústica, con caserío, moradores y aperos de labranza, [1] se arrojará también todo fuera de ella, y [2] se entregarán al dueño las llaves de la casa; y [D] si no reuniese estas circunstancias,[1] bastará un simple requerimiento al colono para que se tenga por desahuciado y lanzado de ella, sin perturbar en su posesión al dueño, [2] quien en su caso podrá después hacer uso del interdicto o juicio correspondiente. Para la práctica de estos procedimientos deberá el Juez, fuera de algún caso extraordinario en que crea necesaria su presencia para evitar conflictos, comisionar a un Agente judicial//asistido del Secretario, quien extenderá la oportuna diligencia de todo ello. Y si el arrendatario o inquilino hiciere resistencia [A,B,C], podrá emplearse la fuerza pública para lanzarle, reclamada por el Juez a quien corresponda, sin perjuicio del procedimiento criminal a que dé lugar la desobediencia o resistencia» (Manresa y Navarro, José María, *Comentarios a la LEC de 1881*, cit., págs. 102 y 103). Los corchetes son nuestros.

<sup>58</sup> La prevención respecto al empleo de la coacción física como instrumento procesal civil (y su derivación hacia lo penal) puede verse en FAIRÉN GUILLÉN quien consideraba que el lanzamiento del artículo 1599 de LEC «parece» admitir la coacción física pero solamente para el caso de la que la resistencia o gestos del ejecutado se manifiesten de tal modo que convierta su actividad en delictiva (delito o falta de desobediencia del art. 237 del Código Penal), supuesto en el cual el ejercicio de la fuerza durante el lanzamiento, no es sino una medida precautoria que puede constituir la base de un proceso penal; la «resistencia» no habrá sido simplemente civil sino penal. (FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «El proceso como función de satisfacción jurídica», *RDPI*, 1969, núm. 1, pág. 79). El mismo autor, incómodo con la coacción física, pero receloso también de las medidas penales, apuntaba a las multas coercitivas (medios de coacción indirectos a través del patrimonio del demandado) como solución posible y afirmaba (en relación con la ejecución personal en la que ha incluido el lanzamiento) que «en estas ejecuciones, por intervenir los derechos de la personalidad, todo su proceso debe ser específico, ya que la ejecución pensada sobre lo patrimonial en muchos casos no responderá a las exigencias de tales casos. El paso desde una intimación no cumplida a una sanción penal directamente (esto es, al castigo, a través del proceso penal, de la desobediencia), es muy duro. Hay una laguna que es precisa colmar [...] El modo de colmarla, para evitar que estas ejecuciones tan trascendentales, queden reducidas a lo simbólico e irrisorio, con desprecio de la autoridad de cosa juzgada, entendemos se halla en rodearlas de ese sistema cautelar de las *astreintes*, bien dosificado y que aquí puede ser muy útil» (Fairén Guillén, Víctor, «La sistematización de la ejecución forzosa española», en *Temas del ordenamiento procesal*, Tomo I, Tecnos, Madrid, 1969, pág. 881).

labre la heredad, y caso de que lo hiciere, asistirá ya al demandante una nueva acción para proceder contra él en el juicio correspondiente»<sup>59</sup>. Remitiendo, como se ve, la tutela a un ulterior proceso interdictal (o, en su caso, penal).

Por el mismo razonamiento, el «lanzamiento» se debía considerar ultimado una vez el ejecutado fuera expulsado del inmueble (aunque inmediatamente volviera a entrar o perturbase al poseedor) pues la efectividad de la tutela (la realidad de la puesta en posesión), una vez abandonado el inmueble, dependía ya de un no hacer que, como tal, era incoercible (por la prohibición general de «ejecución personal» expresada). En realidad, la persistencia en el incumplimiento se consideraría en la mayoría de casos merecedora de tratamiento penal: la prisión del deudor permitiría al acreedor hacer uso de su derecho y tomar la posesión. Pero incluso desde esta perspectiva los mecanismos jurídicos eran defectuosos pues se obligaba a un nuevo proceso (ahora de naturaleza penal) regido por principios propios (entre ellos, la exigencia de valorar la culpabilidad a efectos de condena). Hay que reconocer que no se podía ir más lejos en un sistema en que las normas no consentían mecanismos específicos de coerción de las obligaciones de hacer personalísimo o de no hacer<sup>60</sup>. Fuera del campo de los desahucios

---

<sup>59</sup> «El lanzamiento no siempre consistirá en un hecho; porque como no en todos los arrendamientos se halla el inquilino o colono dentro de la casa habitada, claro es que el lanzamiento deberá reducirse en este caso a la intimación de la providencia, y en otros a la ejecución de ésta por medio de actos que indiquen, que a la persona demandada se la arroja fuera del local perteneciente al demandante. Al colono bastará con intimarle que no labre la heredad, y caso de que lo hiciere, asirá ya al demandante una nueva acción para proceder contra él en el juicio correspondiente. Cuando por el contrario, se trate de la habitación ocupada por el demandado o su familia, el lanzamiento consistirá en que el agente de la autoridad judicial haga sacar fuera de la habitación los efectos del demandado, recogiendo las llaves para entregárselas a su dueño. Lamentable es ciertamente que llegue el caso de realizarse de esta manera el lanzamiento de un inquilino de la casa que habite; pero alguna vez será necesario, cuando la mala fe, la insistencia de demandados temerarios obliguen al juez a adoptar una medida tan dolorosa» (HERNÁNDEZ DE LA RÚA, Vicente, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Imprenta del Boletín de Jurisprudencia, s.l., 1858, segunda edición, tomo III, pág. 393).

<sup>60</sup> Sin embargo, en época anterior a la codificación pueden encontrarse antecedentes de la multa como instrumento de coerción indirecta de aquel no hacer que fuese imprescindible para garantizar la conservación de la posesión entregada judicialmente al ejecutante. Así puede deducirse del «auto para dar posesión judicial» que FEBRERO transcribe en su «librería»: «imponese la pena de cinquenta mil maravedis para la Cámara de su Magestad a quien se la perturbare [la posesión judicial entregada], sin vencerle primero en juicio» [doc. núm. 167, pág. 478] y así se refleja, igualmente, en el acta de posesión judicial en la que el Alguacil afirmaría que «[...] impuso para la Cámara de su Magestad la pena de veinte mil maravedis que contiene el Auto mencionado, a quien se la perturbe [la posesión entregada] sin vencerle primero en juicio» [doc. núm. 169, pág. 479] (Febrero, José, *Librería de Escribanos*, Oficina de la Viuda de Marín, 1790 —Edición facsímil, Consejo General del

arrendaticios la situación era la misma. Era indiferente que la ley dejase en manos del intérprete el determinar cuáles debían ser «las diligencias conducentes que solicitase el interesado» (art. 926 LEC de 1881) porque no existían diligencias en la LEC<sup>61</sup> que permitieran coaccionar el no hacer o el hacer personalísimo en caso de ser necesarios para una cumplida entrega posesoria.

En nuestra opinión, la situación ha cambiado con la LEC de 2000. El párrafo primero del art. 703.1 LEC permite al tribunal, al igual que en las leyes de enjuiciamiento de 1855 y 1881, determinar con toda libertad aquello «que proceda» para la entrega. Pero, a diferencia de los anteriores códigos de enjuiciamiento, sí existe en esta ley una regulación específica para garantizar la coerción efectiva por el tribunal de las prestaciones de hacer personalísimo y de no hacer aplicable a las que puedan ser instrumentales de una entrega. Por tanto, creemos que junto a las medidas de coerción (directa o indirecta) sobre la persona para lograr su desplazamiento locativo forzoso, identificado tradicionalmente con el lanzamiento (el clásico hacer salir o expulsar «*manu militari*»), la entrega

---

Notariado, Madrid, 1990—).

<sup>61</sup> Pese a no utilizarse el mecanismo de las multas coercitivas, inexistente en la LEC de 1881, en ocasiones se acudió al apercibimiento de ser procesado por delito de desobediencia, lo que revela que no estaba en absoluto fuera de la conciencia jurídica de la época la voluntad de hacer cumplir el deber de entrega y alcanzar los fines de puesta en posesión a que el lanzamiento está orientado, empleando medios más allá de la desposesión coactiva. CATALÀ COMAS cita varias sentencias derivadas del apercibimiento mencionado formuladas bien a raíz de la nueva ocupación de la vivienda por el sujeto que de ella había sido lanzado: SS de 29 junio 1935 (AR. 1298), 25 de junio de 1955 (Ar. 2134), 29 de marzo de 1962 (Ar. 1267), 15 octubre 1963 (Ar. 4105), 10 noviembre 1989 (Ar. 8605); bien por negativa a abandonar el domicilio conyugal en trámites de nulidad y posterior separación: S 10 de marzo 1970 (Ar 1358) (vid. Catalá Comas, Chantal, *Ejecución de condenas de hacer y no hacer*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1998, pág. 191).

La doctrina, sin embargo, se ha mostrado cauta frente a las medidas penales como medio de coerción indirecta en el proceso civil, pues, según VERDERA SERVER, «la importancia que el tratamiento de la persona y su protección recibe hoy en los textos constitucionales, representa un argumento fundamental para rechazar la utilización o la introducción generalizada de instrumentos de coacción indirecta de naturaleza penal y para preferir, en todo caso, medidas coercitivas de carácter civil que no afecten a la persona sino a su patrimonio» (Verdera Server, R., *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, 1995, cit., pág. 173). Derivar, de modo automático, la ejecución hacia medidas penales se ha considerado una corruptela. En este sentido, MARINA MARTÍNEZ-PARDO considera que lo es sustituir el lanzamiento por requerimiento al condenado para que desaloje en los plazos con advertencia de cometer delito de desobediencia del que se remitirá testimonio al Juzgado a que corresponda (Marina Martínez-Pardo, J., «De la ejecución de la sentencias de desahucio», en AA. VV. (Albacar López, J-L, dtor.), *Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y Jurisprudencia* (4.<sup>a</sup> ed.), Madrid, 1994, pág. 172).



forzosa de la posesión inmediata de bienes inmuebles que se hallen ocupados permite incorporar, como parte de la actividad de lanzamiento, aquellas actividades ejecutivas previstas para la coerción de prestaciones personalísimas de hacer y de no hacer: es decir, el mecanismo compulsorio de las multas coercitivas. En nuestra opinión, no estaremos en tal caso ante una aplicación analógica de las normas correspondientes al cumplimiento forzoso de las obligaciones de hacer o no hacer: al establecer el art. 703.1 LEC que el tribunal ordenará «lo que proceda» está formulando una remisión (aunque implícita) a las normas correspondientes de la LEC que regulan dichos medios de ejecución, haciéndose innecesaria la analogía.

Un ejemplo claro del empleo en la LEC de 2000 de los nuevos medios de coerción indirecta (las multas coercitivas) al servicio de la realización de prestaciones de dar (en cuanto supongan un no hacer instrumental), podemos encontrarlo en el art. 676 LEC que regula la entrega en administración de bienes para el pago de un crédito dinerario. El apartado tercero de dicho artículo autoriza al tribunal a «imponer multas coercitivas al ejecutado o a los terceros que *impidan o dificulten* el ejercicio de las facultades del administrador, sin perjuicio de las demás responsabilidades en que aquellos hubieran podido incurrir». Parece claro que entre las facultades del administrador se puede incluir la toma de posesión de los bienes y esta puede resultar impedida por la perturbación de la posesión por el deudor. De este modo, el vigente código de enjuiciamiento civil ha contemplado expresamente la posibilidad de coaccionar indirectamente (mediante multas) conductas de no hacer (no impedir, no dificultar) que resultan instrumentales de la «puesta en posesión» (sin perturbaciones) exigida por la norma. En el mismo sentido, cabe concluir que las actividades de no hacer o de hacer personalísimo instrumentales de la entrega posesoria son susceptibles de similares medios de ejecución en tanto medidas que proceden ex art. 703.1 LEC, integrantes del lanzamiento.

Por otra parte, el art. 699 LEC, aplicable con carácter general a cualesquiera prestaciones no dinerarias (como revelan tanto el rótulo del capítulo —*disposiciones generales*— al que pertenece este artículo, ubicado dentro del título correspondiente a la ejecución no dineraria, como la descripción del supuesto de hecho de la norma:

«cuando el título ejecutivo contuviere condena u obligación de hacer o no hacer o de entregar cosa distinta a una cantidad de dinero [...]») contempla la posibilidad de apercibir al ejecutado «con el empleo de apremios personales o multas coercitivas» para el caso de desatender el requerimiento de cumplimiento recibido<sup>62</sup>.

De este modo, el proceso de ejecución para la dación de cosa determinada (proceso de dación o entrega) puede servirse —según las formas de posesión que pretende entregar— de medios de coerción indirecta propios de la ejecución de obligaciones de hacer personalísimas o de no hacer, de los medios de ejecución de obligaciones de dar cosas muebles e incluso de medios de subrogación (típicos de la ejecución dineraria pero no exclusivos de ella: la publicidad que de la nueva posesión hace el tribunal frente a terceros). Esta posibilidad resulta menos confusa si se distingue entre los «tipos de ejecución», tal como son clasificados en la LEC, y los «medios de ejecución». En nuestro ordenamiento procesal los procesos de ejecución se clasifican a partir de la prestación contenida en el título ejecutivo que les sirve de fundamento (y que, en su caso, se refleja en la pretensión formulada ante el tribunal): ejecución de obligaciones de dar (distinguiendo si el objeto de dicha dación es dinero o son cosas determinadas, y, dentro de estas últimas, si se trata de bienes muebles o inmuebles), ejecución de obligaciones de hacer (entre las que se cuenta la prestación de emitir una declaración de voluntad) y ejecución de obligaciones de no hacer<sup>63</sup>. Para el desarrollo de cada una de las modalidades procesales descritas, la LEC contempla medios de actuación típicos: las multas coercitivas para ejecución de prestaciones de hacer personalísimo y de no hacer; la subrogación del tribunal en el poder de disposición o poder de configuración del deudor sobre su patrimonio para prestaciones dinerarias o prestaciones de emitir una declaración de voluntad (modalidad de prestación de hacer personalísimo); la desposesión coactiva para la prestación de dar cosa mueble

---

<sup>62</sup> En este sentido (en relación al cumplimiento de obligaciones de no hacer) ESCALER BACOMPTE («Prevalencia del derecho a la ejecución en sus propios términos con respecto a los posibles límites en cuanto a la tipología de medidas ejecutivas y a la duración de la ejecución», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núms. 3-4, 2008, pág. 265). En contra, ORTELLS RAMOS, para quien es necesaria previsión legal expresa (Ortells Ramos, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, Thomson-Aranzadi, 2007, pág. 899).

<sup>63</sup> Sin perjuicio de ello, al amparo de un mismo título ejecutivo se pueden cobijar pretensiones de distinta naturaleza (originándose un proceso de ejecución naturaleza mixta o procesos de ejecución acumulados)

determinada. En el caso de la obligación de dar una cosa inmueble, la modalidad típica de actuación es, sin embargo, «lo que proceda [...] según el contenido de la condena» (y esto es el lanzamiento) lo que comprende, sin duda, la coerción directa para forzar la salida del inmueble (privación de libertad ambulatoria para el desplazamiento locativo mediante *vis ablativa*, comprendida en el concepto tradicional de lanzamiento) cuando tal es la medida procedente, pero también (sin necesidad de acudir a la analogía como hemos establecido) otros medios pertinentes, incluidos los propios o típicos de otras modalidades de ejecución que contemplan una subrogación, un hacer o un no hacer como forma principal de satisfacción. No es que la ejecución de entrega de un bien inmueble conlleve una prestación de hacer o no hacer acumulada a la de dar, se trata, en nuestra opinión, de que la prestación de dar no es distinta de las prestaciones de hacer o no hacer, la única diferencia es que las conductas (y abstenciones) que conlleva son instrumentales de la entrega posesoria por lo que, en principio, los medios de ejecución pueden ser comunes.

A partir de los razonamientos anteriores podemos concluir que el art. 703.1 LEC autoriza al tribunal ejecutor a acordar «lo que proceda» para la transmisión o entrega del bien inmueble al ejecutante y, por consiguiente, también para la entrega de posesión inmediata del inmueble ocupado indebidamente por el sujeto pasivo de la ejecución (lanzamiento), contándose, como medios para dicho lanzamiento<sup>64</sup>:

---

<sup>64</sup> ESCALER BASCOMPTE, admite que incluso en los casos en que las medidas de ejecución se encuentran específicamente configuradas por el legislador, el tribunal, en aplicación de principios generales de eficacia de la ejecución y de proporcionalidad, puede dejar de aplicar algunas de las medidas previstas o aplicar medias no previstas expresamente al amparo (e interpretación extensiva) de las normas generales contenidas en el art. 669 LEC: «por ejemplo, para el caso en que se pretenda la entrega de una cosa mueble determinada, el art. 701 LEC prevé un requerimiento para su cumplimiento fijando un plazo para ello. [...] puede resultar inadecuado acordar esta medida en todo caso. Y es que, puede darse la circunstancia que, si ya se sabe donde está el bien y este está en manos del ejecutado, no tiene sentido darle un plazo adicional en el cual se corre el riesgo de favorecer conductas fraudulentas que pudieran desembocar en una desaparición del bien. Debe ser el tribunal quien valore la conveniencia del requerimiento» y para el caso de obligaciones de no hacer, una vez quebrantada la sentencia la LEC del año 2000 no se atiende a la posibilidad de que el deshacer sea fungible y se pueda hacer a costa tercero, optando por la imposición de multas, medida aparentemente más gravosa para el ejecutado y que quizás no beneficie ni al ejecutante puesto puede ser más rápido deshacer por tercero que esperar que cumpla mediante multas [...] En el caso que no se sepa el lugar de la cosa o no estuviera donde debía estar, [...] si no es posible hallarla [...] debe procederse a la vía sustitutiva de la compensación pecuniaria. [...] la posibilidad de empleo multas pecuniarias [...].

a) Medios de coerción directa (arts. 675.2, 703 y 704 LEC).

A través de ellos se fuerza una específica conducta del poseedor: la conducta de salida o abandono del inmueble en cuya ocupación (mediante la presencia física del ejecutado o servidores de la posesión) se sustenta la posesión<sup>65</sup>. Tal conducta de hacer personal o desplazamiento físico o locativo fuera del inmueble, se coacciona de modo directo mediante una privación o restricción temporal de la libertad ambulatoria. El órgano jurisdiccional desarrolla esta función, tradicionalmente, a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (fundamentalmente de policía), por ser el sector de la Administración pública especializada en el empleo de la fuerza: los medios de coerción directa y de compulsión física o *vis ablativa*. Sin embargo, la existencia de circunstancias peculiares de índole personal del deudor (por ejemplo, ser éste persona especialmente vulnerable: enfermos, menores, ancianos...) pueden exigir que

---

Ampararía su posible adopción el art. 699 LEC, que prevé. las multas coercitivas dentro de las disposiciones generales aplicable a todas las ejecuciones no dinerarias, e incluso la genérica expresión del propio art. 701 LEC, que establece que el tribunal emplear “los apremios precisos” para poner al ejecutante en posesión de la cosa»; razonamientos similares para la ejecución de obligaciones de dar cosas genéricas, obligaciones no hacer y obligaciones para emitir una declaración de voluntad (Escaler Bascompte, Ramón, «La ejecución de sentencias no dinerarias en sus propios términos: una muestra jurisprudencial de la confusión existente. Análisis del Auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 21 de septiembre de 2001», en *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núms. 1-2, 2004); la misma idea en su artículo «Prevalencia del derecho a la ejecución en sus propios términos con respecto a los posibles límites en cuanto a la tipología de medidas ejecutivas y a la duración de la ejecución», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núms. 3-4, 2008, págs. 255 a 293.

<sup>65</sup> En tal sentido, ORTELLS RAMOS afirma que la coerción directa «consiste en la aplicación de la compulsión física sobre la persona del ejecutado, para forzarle al cumplimiento o para evitar que obstaculice la satisfacción de la prestación por actuación del tribunal», especificando que «con la segunda finalidad están previstos medios de coerción directa en la ejecución por prestaciones de dar cosa mueble (art. 701.1 LEC: “el tribunal pondrá al ejecutante en la posesión de la cosa debida, empleando para ello los apremios que crea precisos, ordenando la entrega en lugares cerrados y auxiliándose de la fuerza pública, si fuere necesario”) y de dar bienes inmuebles (art. 704 LEC, en cuanto a las actuaciones de lanzamiento de ocupantes)» (Ortells Ramos, Manuel, «La ejecución de condenas no dinerarias», *La Ley*, 2005, cit., pág. 685). En referencia específica a los inmuebles se sitúa este autor los «actos de desalojo o lanzamiento, que son procedentes si el bien inmueble se halla ocupado por persona que carece de derecho para ello o cuyo derecho pueda ser examinado y, en su caso, desestimado mediante un incidente declarativo sumario vinculado al proceso de ejecución. Consisten en coacción directa sobre las personas que ocupan el inmueble, para expulsarlas del mismo, de modo que éste quede vacuo y libre para ser ocupado por el ejecutante» (Ortells Ramos, Manuel, «Ejecución de prestaciones no dinerarias» en *III Jornadas...*, 2003, cit., págs. 318 y 319; también en «La ejecución de condenas no dinerarias», 2005, cit., págs. 161 a 163).

la compulsión se realice mediante personal con una cualificación técnica distinta (médica, psiquiátrica, psicológica...).

b) Medios de coerción indirecta.

i. Requerimiento con apercibimiento de apremios personales o multas coercitivas (art. 699 LEC).

En nuestra opinión, la orden del tribunal (requerimiento) para cumplir la obligación que dimana del título prevista en el art. 699 LEC no es una nueva oportunidad de cumplimiento voluntario como en ocasiones se señala, sino una forma de cumplimiento forzoso, como lo demuestra no sólo que se desarrolle ya en el seno del proceso de ejecución, sino también el que vaya precedida del aviso (apercibimiento) de otras medidas más expeditivas en caso de desobediencia: de coerción directa (recurso a la *vis ablativa* como apremio personal o de ser procesado como reo del delito de desobediencia) o de coerción indirecta más expeditiva (recurso a la *vis compulsiva* mediante multas coercitivas) tal como se deduce del art. 699 II LEC. Funciona, pues, tal requerimiento como una forma de coerción psicológica, siendo la voluntad formada por el demandado una voluntad coaccionada de esta forma indirecta.

El art. 699 LEC atribuye la formulación del requerimiento (con un correlativo otorgamiento de plazo) al auto que despacha la ejecución, en tanto que los arts. 703.1 y 704.1 parecen encomendar al secretario judicial la adopción de todas las medidas concretas de ejecución, incluido el requerimiento de desalojo. Puede interpretarse que la ejecución por deberes de entrega de bienes inmuebles queda excluida del régimen de requerimiento judicial ex art. 699 LEC, siendo el secretario quien, en el decreto de concreción de medidas ejecutivas (art. 551.3 LEC) formulará el requerimiento y, otorgará, de ser procedente, el plazo correspondiente (en su caso, el que expresamente señala el art. 704.1 LEC para la entrega de viviendas ocupadas). Esta interpretación parece avalada por otras normas de la ejecución que fluctúan atribuir la potestad para dirigir el requerimiento entre el juez y el secretario. En efecto, al secretario corresponde el

requerimiento en el caso de obligaciones de no hacer (art. 710 LEC); en cambio, corresponde al juez el requerimiento para el cumplimiento de obligaciones de dar cosa mueble o de hacer personalísimo: los arts. 701.1 y 709.1 LEC suponen que el requerimiento está contenido en el auto de despacho, como, por otra parte, dice con carácter general el art. 699 LEC. Tal diferencia en el régimen de requerimiento (e intimación o apercibimiento) parece revelar la voluntad del legislador de dejar en la mayor indeterminación las medidas «precedentes» para la entrega inmobiliaria y las obligaciones de no hacer (y, por tanto, dejar mayor libertad al tribunal —a través del secretario judicial— para fijarlas).

ii. Multas coercitivas (arts. 699, 703.1, 676.2 y 3, 709, 710 y 711 LEC)

Mediante ellas, se puede forzar al detentador del inmueble a un no hacer, sea instrumental del desapoderamiento (como pueden el cese en los actos de explotación o de dominio sobre la finca tales como acudir a juntas de comunidades de propietarios, dirigir órdenes o instrucciones a empleados, etc.), sea instrumental de la puesta en posesión (prohibición al ejecutado de conductas enervantes de la posesión entregada al ejecutante, como el regreso al inmueble —sin solución de continuidad con el desalojo— o la perturbación de la posesión recién adquirida por el demandante). Las multas también permitirían forzar un hacer personalísimo en relación con actividades instrumentales de la entrega posesoria no susceptibles de sustitución o de coerción directa o para las que tal coerción y sustitución resulten antieconómicas o de extremada complejidad (por ejemplo, para la supresión de mecanismos complejos de acceso al inmueble puede ser necesaria la entrega de las claves de desactivación de un sistema de seguridad valioso —tal vez propiedad del demandante— cuyo quebrantamiento puede resultar antieconómico; para conservar la posesión)<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> De opinión contraria parece ser ESCALER BASCOMPTE cuando afirma que, «pese a formar parte este precepto de las disposiciones generales aplicables a los distintos tipos de ejecución no dineraria, cuando se atiende a las disposiciones específicas relativas a cada una de ellas, los supuestos de aplicación de las multas parece que quedan delimitados a unos casos concretos, omitiendo probablemente algún supuesto en el cual podrán ser idóneas y previniéndose para alguna hipótesis en que no lo resulten tanto. En cambio, atendiendo al mismo art. 699, sí que parece de aplicación general a todo tipo de ejecución no dineraria el apremio personal relativo al requerimiento de cumplimiento de condena, cuando en algunos casos quizás no sea oportuno» (Escaler Bascompte, Ramón, «La ejecución de sentencias no dinerarias en sus propios términos...», cit, 2004); por nuestra parte no

c) Medios de sustitución y de subrogación (art. 699 y 709 LEC)<sup>67</sup>.

Con este tercer grupo de medios de ejecución el tribunal puede prescindir de la voluntad del ejecutado y sustituirla por su voluntad propia. El tribunal sustituirá al deudor (sea directamente, en ejercicio de una potestad pública o indirectamente, a través de un tercero) en la conducta que debiera haber mantenido para permitir la toma de posesión por el ejecutante.

En primer lugar, en esta categoría se sitúan aquellas medidas que el tribunal desarrolla para acceder al control de los medios instrumentales a través de los cuales mantiene en exclusiva su poder sobre el inmueble: puertas, vallas, cerrojos, animales de guarda, empleados encargados de la vigilancia, mecanismos electrónicos de control de acceso, empresas de seguridad, etc. El tribunal, en estos casos, sustituye el poder que el deudor ostentaba sobre dichos medios de control para suprimirlos (o, de ser necesario, destruirlos). El poder que sobre tales medios ostentaba el deudor podría ser jurídico o fáctico. En el primer caso el tribunal actúa su propio poder subrogándose en la posición jurídica del deudor (dirigiendo instrucciones a los empleados del deudor —puede pensarse en una empresa de seguridad— para que proporcionen acceso al inmueble o faciliten la puesta en posesión). En el segundo caso, el tribunal actúa a costa del ejecutado a través de un tercero adquiriendo en el mercado —quizá público— de servicios la prestación necesaria (por ejemplo, para romper los mecanismos de control de acceso

---

entendemos que por existir normas particulares que especifican el uso de las multas coercitivas para casos concretos no pueda acudir a las mismas en casos no previstos específicamente pero amparados por la norma general: si la norma general no limita su campo de aplicación a los supuestos expresados en las normas especiales su vigencia no queda mermada porque en casos especiales se reitera. Incluso nos da la impresión de que el mismo ESCALER BASCOMPTE sostiene esta idea (en contradicción con la por él mismo expresada antes): que los instrumentos genéricos del art. 699 LEC (multas coercitivas y apremios personales) son aplicables en los casos concretos aun cuando no haya sido expresamente concretada su aplicación en ellos. Vid. supra. nota [footnote 65](#).

<sup>67</sup> ORTELLS, refiriéndose a los medios de subrogación señala que «su adecuación depende de la clase de prestación. [...] Si se trata de deberes de entregar bienes muebles o inmuebles (o una cantidad de bienes de cierto género), el tribunal está investido de los poderes necesarios para incidir en el patrimonio del ejecutado y transferir tales bienes, material y jurídicamente al ejecutante (arts. 701.1 y 2, 703 LEC)» (Ortells Ramos, M. «La ejecución de condenas no dinerarias», 2005, cit., pág. 684).

—cerrajeros— o para retirar animales de custodia —perrera—)<sup>68</sup>. Al propio tiempo, las medidas de sustitución, en cuanto realizadas contra la voluntad del ejecutado, exigen del mismo un no hacer (*pati*) cuyo incumplimiento podría hacer necesaria la restricción ambulatoria temporal en que consiste la coerción directa antes mencionada o el empleo de multas coercitivas, sin perjuicio del apercibimiento de comisión de delito o falta de desobediencia.

El coste de las prestaciones instrumentales de hacer no personalísimas (por ser adquiridas en el mercado privado de servicios o por devengar precios públicos o tasas en el caso de servicios públicos) pueden considerarse costas del lanzamiento y ser garantizadas mediante el embargo previsto en el art. 700 LEC; pueden, alternativamente, financiarse por el procedimiento previsto en el art. 706 (por ejemplo, si el ejecutante no dispone de recursos para adelantar los gastos del desalojo).

---

<sup>68</sup> En este sentido, ORTELLS RAMOS señala como una de las formas de ejecución de obligaciones de dar (que distingue del lanzamiento y de la entrega de la posesión mediata) aquellos «actos destinados a eliminar obstáculos materiales que impiden que el ejecutante acceda al inmueble o que manifieste su posesión sobre él. Lo peculiar de estos actos es que no suponen coerción sobre el ejecutado u otras personas que pueden hallarse ocupando el inmueble, sino que operan sobre elementos materiales del inmueble que impiden que el ejecutante acceda al mismo y manifieste socialmente su posesión sobre él. Operan sobre ellos eliminándolos o rectificándolos para ajustar la realidad al título ejecutivo (por ejemplo: apertura, incluso forzosa, de cerraduras y sustitución de las mismas; eliminación de los signos externos de delimitación de la posesión ilegítimamente establecidos por el ejecutado y reposición de los que delimitaban las posesiones de ejecutante y ejecutado de acuerdo con el título ejecutivo). (Ortells Ramos, M., «Ejecución de prestaciones no dinerarias», en *III Jornadas...*, 2003, *cit.*, págs. 318 y 319; también en «La ejecución de condenas no dinerarias», 2005, *cit.*, págs. 161 a 163). En el último trabajo citado, el autor desglosa aun más los actos destinados eliminar obstáculos materiales que impiden que el ejecutante acceda al inmueble o que manifieste su posesión sobre él, señalando: «1.º La eliminación o inutilización de cualesquiera mecanismos que impidan el acceso al bien desde el exterior, para que el ejecutante pueda acceder al mismo y sustituir o modificar aquellos mecanismos, para asumir el control de los mismos (por ejemplo, apertura, incluso forzosa de cerraduras y sustitución de las mismas); 2.º Hacer posible el acceso de otro modo. Por ejemplo, en el auto de la AP de Valladolid 17 de julio 1998, mediante el paso a través de un local del que el ejecutante era copropietario y por el que se accedía al inmueble cuya propiedad en exclusiva le ha sido reconocida por el título ejecutivo. 3.º Eliminación de los signos externos de delimitación de la posesión ilegítimamente establecidos por el ejecutado y reposición de los que delimitaban las posesiones del ejecutante y ejecutado de acuerdo con el título ejecutivo. Por ejemplo, el auto de la AP de Soria 25 enero 1999, ordena restablecer los antiguos mojones que deslindaban las propiedades, mediante una actuación de perito topógrafo practicada con arreglo al título ejecutivo» («La ejecución de condenas no dinerarias», *La Ley*, 2005, pág. 162). Según nuestra exposición, las medidas señaladas, en cuanto suponen la entrega de la posesión inmediata del inmueble y la correlativa desposesión de ejecutado, son expresivas de un lanzamiento aun cuando no requieran coerción directa (diligencia de lanzamiento).



#### d) Medidas atípicas: cooperación con el ejecutado.

En el curso del lanzamiento de vivienda, puede ser procedente la intervención, a instancia del tribunal, de diversas Administraciones Públicas para favorecer que el abandono del inmueble se produzca conforme al principio de proporcionalidad<sup>69</sup>. Se trata, en nuestra opinión, de una actuación ejecutiva por cuanto la debe requerir el tribunal en el curso del proceso (art. 118 CE y 17 LOPJ) y tiene como finalidad favorecer o hacer posible el abandono del inmueble sin dilaciones indebidas pero sin vulneración tampoco de los derechos fundamentales de los ocupantes. Tal intervención emplea técnicas específicas propias de dichas Administraciones: técnicas prestacionales de cooperación con el ejecutado o de auxilio al ejecutado. Estas técnicas sirven indirectamente a la coerción: a la coerción directa, al permitir que ésta no produzca efectos contrarios a la proporcionalidad exigida vulnerando derechos fundamentales y cuestionando, desde el punto de vista constitucional y de los derechos humanos, la validez de

---

<sup>69</sup> En este sentido se pronuncia ESCALER BASCOMPTE, al sostener que las medidas de ejecución no dineraria no siempre deben responder al principio de mayor eficacia sino que debe también contemplarse el principio de proporcionalidad, afirmando que «si bien es cierto que el derecho a la ejecución da lugar a que se utilicen todos los medios necesarios para la ejecución en sus términos, también lo es que la ejecución debe desarrollarse de la manera menos perjudicial posible para el ejecutado. Y la ejecución por un tercero, cuando se trata de un hacer fungible, es un cumplimiento igualmente satisfactorio para el ejecutante que si realizar. la prestación el propio ejecutado, resultando plenamente justificado, por lo tanto, que no se acuda a medidas mas gravosas para el ejecutado como serían las multas coercitivas [permitidas, como opción para el demandado, por el art. 699]» (Escaler Bascompte, Ramón, «La ejecución de sentencias no dinerarias en sus propios términos...»,cit, 2004). Sin embargo, en otro momento de su obra el autor citado parece olvidar la exigencia de proporcionalidad y afirma que «el derecho a la ejecución de sentencias en sus propios términos justifica que puedan acordarse cuantas medidas sean necesarias, aunque no estén expresamente previstas, siempre y cuando, pese a que puedan ser más gravosas que las medidas ejecutivas expresamente reguladas en la LEC, puedan aportar un cumplimiento de la resolución más acorde con los términos de la resolución ejecutada, esto es, conlleven una tutela efectiva más eficaz» (Escaler Bascompte, R., «Prevalencia del derecho a la ejecución en sus propios términos con respecto a los posibles límites en cuanto a la tipología de medidas ejecutivas y a la duración de la ejecución», cit., 2008, pág. 259). No podemos estar de acuerdo. Por una parte, las medidas ejecutivas podrán ser distintas de las específicas previstas en la LEC para el tipo de ejecución de que se trate si están previstas con carácter general (art. 699 y 700 LEC); podrá realizarse una interpretación extensiva de estas normas o de su ámbito de aplicación o una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación de las normas específicas del tipo de ejecución de que se trate (dar cosa mueble, no hacer...) para acomodar el sistema de ejecución al principio de eficacia de la tutela consagrado en la Constitución; pero en esta interpretación extensiva o restrictiva debe estar presente el principio (constitucional) de proporcionalidad y no admitir, como algo leve, que tales medidas «puedan ser más gravosas que las medidas ejecutivas expresamente reguladas en la LEC» pues también es función del proceso garantizar dicha proporcionalidad.

la actividad de ejecución desplegada (el ocupante es desalojado pero la Administración competente le proporciona alojamiento alternativo); a la coerción indirecta al favorecer que los ocupantes dispongan de la oportunidad real de abandonar el inmueble en los plazos otorgados por el tribunal dando sentido a la intimación formulada (durante el tiempo otorgado por el secretario judicial el ocupante del inmueble recibe asistencia de las Administraciones públicas para procurarse un nuevo alojamiento).

Este mecanismo de ejecución consistirá, fundamentalmente, en el oficio dirigido por el tribunal a aquellas Administraciones públicas competentes especializadas ante situaciones de vulnerabilidad o desvalimiento de los ciudadanos (menores, personas de la tercera edad, enfermos, extranjeros y, en general, personas en situación de necesidad): servicios sociales, servicios sanitarios, servicios de menores, servicios de vivienda, etc. solicitando su intervención<sup>70</sup>.

#### *2.6. Selección de los medios de entrega: eficacia y proporcionalidad.*

La posibilidad de emplear las diferentes actividades expuestas como medios en principio adecuados para el lanzamiento, exige determinar el criterio por el cual el tribunal seleccionará unos u otros. La LEC en su art. 703.1 LEC hace la primera precisión al respecto: la «adecuación» de las medidas se mide «según el contenido de la condena». En este sentido, la sentencia de condena (en general, el título ejecutivo) y el proceso precedente (en cuanto puede servir para interpretar el título), al determinar el alcance de la prestación de entrega contribuyen a delimitar la procedencia de las distintas medidas. El título ejecutivo puede especificar la entrega del inmueble con todos los bienes muebles que contiene en el momento de la entrega (o, lo que es lo mismo, con prohibición de su retirada), la conservación o gestión adecuada del inmueble hasta el momento mismo de la entrega (impidiendo su abandono sin más), la entrega del inmueble en un determinado estado de funcionamiento (dotado de determinados servicios, con entrega simultánea de ciertos medios o informaciones...), etc., condiciones que harán necesarias y adecuadas medidas específicas.

---

<sup>70</sup> De todo ello nos ocuparemos con más detenimiento en la cuarta parte de este trabajo.

En segundo lugar, las «medidas» son adecuadas si se orientan a la prestación de entrega posesoria sin dilaciones indebidas. Tal condición exige descartar, de entrada, medidas absolutamente inútiles y graduar las diversas medidas potencialmente disponibles en función de su mayor o menor eficacia para alcanzar el fin perseguido

La selección de medios apropiados requiere, en tercer lugar, matizar el principio de eficacia con el de proporcionalidad: los medios de ejecución potencialmente más adecuados para conseguir la satisfacción del derecho de tutela del demandante, deben ponderarse con las repercusiones que producen en la esfera jurídica del demandado, significativamente en aquella parte de la misma amparada por derechos fundamentales. La necesidad de una medida gravosa para éstos últimos debe estar justificada por la inexistencia de otros medios menos gravosos, que sean también eficaces (incluso cuando no lo sean en el mismo grado). No existiendo medios menos gravosos de similar o parecida eficacia, el tribunal debe valorar todavía el equilibrio entre la contribución del medio seleccionado para la satisfacción del demandante y su repercusión en la esfera constitucionalmente protegida del demandado. De este modo, consecuencias más graves para los derechos fundamentales del demandado exigen un mayor grado de necesidad de la medida. Si la eficacia de la medida seriamente restrictiva de derechos fundamentales es débil en relación con el fin perseguido (porque, pese a su gravedad para el demandado, los medios previstos son de éxito incierto) es posible cuestionar su adecuación al principio de proporcionalidad. Significativamente, en la regulación del lanzamiento que hace la LEC ha desaparecido la alusión al lanzamiento «sin consideración *de ningún género*», por resultar incompatible con un Estado Social y Democrático de Derecho donde los derechos fundamentales requieren, precisamente, «consideración» en toda circunstancia, incluso en el curso de la ejecución forzosa.

El juego de ambos principios, eficacia y proporcionalidad, debe relacionarse con las características específicas del inmueble, la forma de poder que se ejerce sobre el mismo, las condiciones y características de sus ocupantes, las circunstancias de lugar y tiempo en que debe realizarse el desalojo..., condicionando todas ellas

medios procedentes: la ponderación es siempre una operación contextualizada. La entrega de un inmueble con valor histórico artístico, por ejemplo, no consiente la ruptura o el deterioro de puertas; el inmueble dedicado a vivienda habitual no recibe el mismo tratamiento que el dedicado a vivienda de temporada pues el desalojo afecta derechos fundamentales de los ocupantes, las condiciones personales de los ocupantes (económicas, sociales, sanitarias, de edad, etc.), condicionan las medidas adoptar para preservar sus derechos específicamente amenazados (enfermos, ancianos, menores...) o para garantizar el éxito de la ejecución sin riesgo tanto para la comisión judicial y sus acompañantes como para el inmueble o terceros (ocupantes que adoptan actitudes de insumisión o de protesta social, sobre todo cuando tal protesta trasciende al grupo ocupante y cuenta con apoyo de otros colectivos llegando a adquirir carácter violento, etc.). Las anteriores circunstancias, en cuanto sean conocidas *ab initio*, permiten al tribunal determinar las medidas inicialmente procedentes para la entrega posesoria, sin perjuicio de que el conocimiento sobrevenido de determinadas circunstancias, pueda suponer la adopción, en el curso de la ejecución, de nuevas medidas o la rectificación de otras ya adoptadas.

Tratándose de inmuebles cuya posesión se desarrolla mediante presencia permanente en los mismos, es decir, inmuebles ocupados (art. 703, apartados 2 a 4), entre ellos los dedicados a vivienda habitual (art. 704 LEC), la actividad procesal de lanzamiento parece concebirse en la LEC como una actividad concentrada (la «diligencia de lanzamiento» a que alude el art. 703.2 LEC), es decir, como una actividad que se debe realizar en un día y una hora determinados (cuyo «señalamiento», en diferentes trámites, ha sido objeto de varias reformas: arts. 440.3 y 4, 704.2 y 4 DA 5.3 LEC) y, lógicamente, también en un lugar preciso: el inmueble objeto de entrega. La referencia a una actividad concentrada y localizada en el tiempo y en el espacio parece reducir el elenco de medidas ejecutivas apropiadas para el lanzamiento a aquellas que pueda tener lugar en dicho marco de espacio y tiempo<sup>71</sup>, lo que parece conducir al arquetipo cultural

---

<sup>71</sup> Numerosas definiciones doctrinales del lanzamiento parecen apuntar en este sentido restrictivo: por ejemplo, SANTOS MARTÍNEZ cuando afirma (refiriéndose a la ejecución de las sentencias de desahucio) que «la diligencia de lanzamiento podría definirse como aquel acto de ejecución que, tendente a hacer efectiva la entrega de la posesión de la vivienda, procede al desalojo

del lanzamiento: la desposesión del inmueble a quien lo habita mediante la restricción de su libertad ambulatoria (por coerción directa mediante *vis ablativa* o indirecta, mediante *vis compulsiva*) y la supresión (por sustitución) de los medios de control acceso al inmueble (puertas, verjas, animales de custodia, personal de seguridad, etc.), quedando el inmueble a disposición del ejecutante.

En el sentido expuesto, la diligencia de lanzamiento se ha identificado tradicionalmente con el desplazamiento de la comisión judicial al inmueble, asistida en su caso (quizá tras una primera suspensión) por la policía, para el caso de que por no haberse abandonado la vivienda merced al requerimiento previo fuera necesario el empleo de la *vis ablativa* imprescindible para suprimir —temporalmente— la libertad ambulatoria de los ocupantes (haciéndolos salir pese a su resistencia). Por otra parte, el acceso al inmueble suele requerir la concurrencia de técnicos (cerrajeros) que sustituyan los mecanismos de control de acceso al inmueble como medio instrumental de ejercicio de poder sobre el mismo.

Ahora bien, incluso esta forma arquetípica de lanzamiento puede ser insuficiente (como hemos venido señalado) para la eficacia de la ejecución y para su proporcionalidad. La limitada extensión atribuida a la diligencia de lanzamiento no excluye, en nuestra opinión, el desarrollo (con carácter previo, simultáneo o posterior a la diligencia) de las demás actividades de entrega posesoria (sucintamente descritas en el apartado anterior) orientadas a la desposesión del

---

—incluso por la fuerza— de los ocupantes [...]» (SANTOS MARTÍNEZ, Albert M., *La ejecución del desahucio de vivienda*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 297). GARBERÍ LLOBREGAT, al comentar el art. 703 LEC, afirma que «el “lanzamiento”, [...] consiste en el acto formal por el que el ejecutado es obligado a abandonar el inmueble» (Garberí Llobregat, José, *El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 953). Para ORTELLS RAMOS los «actos de desalojo o lanzamiento [...] Consisten en coacción directa sobre las personas que ocupan el inmueble, para expulsarlas del mismo, de modo que éste quede vacuo y libre para ser desocupado por el ejecutante» (Ortells Ramos, Manuel, «Ejecución de prestaciones no dinerarias», 2003, cit., pág. 319). CARBALLO PIÑEIRO afirma que «El lanzamiento es una medida ejecutiva de carácter personal, de actuación directa sobre la persona, que se dirige a vencer su voluntad contraria al cumplimiento del ejecutado. Al igual que la diligencia de entrada y registro, puede exigir el empleo de la fuerza pública» (Carballo Piñeiro, L., *Ejecución de condenas de dar*, 2001, cit., pág. 330). FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, con mayor amplitud, afirma que «Se llama “lanzamiento” al conjunto de actuaciones —que pueden incluir el uso de la fuerza pública— a través de las cuales se materializa el desalojo de un inmueble y su puesta a disposición del ejecutante» (Fernández-Ballesteros, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Iurgium, Madrid, 2001, pág. 420).

inmueble. En cuanto sean las medidas que proceden para la entrega serán medidas integrantes del lanzamiento aunque no tengan cabida en el estrecho margen de la diligencia de lanzamiento. No puede desconocerse la estrecha conexión que debe existir entre las distintas medidas de ejecución para la entrega de posesión inmediata de un bien inmueble: de su eficacia y proporcionalidad, como tal conjunto de actividades, deriva su legitimidad. El lanzamiento, entendido en sentido amplio, comprenderá el conjunto de actividades desarrolladas por el tribunal para la entrega, conforme a exigencias de eficacia y proporcionalidad, de la posesión inmediata de los bienes inmuebles que ilícitamente ostenta quien figura como deudor de los mismos según el título ejecutivo al margen del momento preciso en que se realicen. Esta distinción entre una noción estricta (el lanzamiento como «diligencia») y una noción amplia (aplicable a la que vamos a denominar, «fase de lanzamiento») justificaría la ambivalencia de las normas sobre entrega de bienes inmuebles que, por una parte, deja en la indefinición los medios de entrega posesoria permitiendo acudir al amplísimo criterio del art. 703.1.I LEC («lo que proceda») para adoptar cualesquiera medidas de ejecución que favorezcan la eficacia y proporcionalidad de la entrega (fase de lanzamiento) y, por otra parte, constriñe determinadas medidas, a un marco temporal y espacial precisos (el día y la hora prefijados por el tribunal y el inmueble objeto de desalojo al que alude el título ejecutivo) con lo que les atribuye un contenido necesariamente más limitado (la diligencia de lanzamiento).

Algunas de las medidas que comprende el lanzamiento previas a la diligencia de tal nombre aspiran, precisamente, a evitar la necesidad de la misma, logrando que el ejecutado coopere en el desalojo y abandone el inmueble antes de llegada su fecha: se incluyen el requerimiento y apercibimiento con simultáneo otorgamiento de plazo. Un segundo grupo de medidas de lanzamiento están primordialmente orientadas a la preparación de la diligencia de lanzamiento señalada: bien forzando al ejecutado a colaborar activamente con el tribunal en preparación de la futura puesta en posesión el día de la diligencia (anulando sistemas de seguridad especialmente sofisticados que protegen el inmueble cuya eliminación por vía subrogatoria podría resultar antieconómica pues el demandante habría de asumir el riesgo de no poder recuperar el dinero invertido; entregando los medios de

acceso cuando se trate de bienes que no puedan ser dañados —una puerta con valor artístico, por ejemplo—; etc.) bien recabando los medios materiales y humanos necesarios para la práctica de la diligencia (mandamiento dirigido a la comisión del juzgado; oficios dirigidos a las Administraciones que deban intervenir —policía, servicios sociales, servicios sanitarios...—, exhortos a los órganos judiciales que deban practicar la diligencia por vía de auxilio judicial; requerimientos a particulares como porteros, presidentes de comunidad de vecinos, etc.). Un tercer conjunto de medidas de lanzamiento previas a la diligencia se orienta primordialmente a garantizar la proporcionalidad de la entrega posesoria: son las que hemos considerado medidas atípicas y consisten en la colaboración de las Administraciones públicas con el ejecutado durante el tiempo que media entre el despacho y la diligencia para que este pueda atender el requerimiento de desalojo cuando sus condiciones personales (de salud, de edad...) o económico-sociales no se lo permiten por sus propios medios sin grave riesgo para sus derechos fundamentales o los de las personas a su cargo (el ejecutado carece de ingresos, de redes sociales que lo amparen, etc.). Aunque tal colaboración se presta durante el tiempo de espera (el tradicionalmente denominado «plazo de humanidad», que preferimos considerar un «plazo de garantía» o salvaguarda de los derechos fundamentales del ocupante) también puede concretarse en el momento del desalojo (acudiendo las Administraciones con los medios técnicos pertinentes: para traslado de enfermos, atención a los menores o realojamiento de la familia). Finalmente, hay otro grupo de medidas previas a la diligencia de lanzamiento que pretenden asegurar que el retraso en la consumación de la entrega a través de la diligencia no condiciona la posibilidad de cumplimiento específico o, en último término, que no impide al menos una satisfacción por equivalente; es decir, se trata de medidas de garantía o cautela (art. 700 LEC).

En cuanto a las medidas posteriores a la diligencia de lanzamiento proceden, en primer lugar cuando la desposesión no fue posible, quedando suspendida la diligencia y adoptando el tribunal nuevas medidas ejecutivas de lanzamiento (como la intervención de Administraciones públicas con medios y competencias apropiadas para hacer frente a circunstancias descubiertas o percibidas durante el desarrollo de la diligencia de lanzamiento). En segundo lugar, nuevas medidas

ejecutivas de lanzamiento son necesarias cuando la desposesión del ocupante no ha sido completa mediante la diligencia (por ejemplo, si sólo se desaloja una parte del inmueble) o ésta no puede lograr, por sí misma, la puesta en posesión del demandante, bien porque todavía son exigibles nuevas conductas del ejecutado (éste abandona el inmueble, pero retiene las llaves o el código de acceso a una caja fuerte, a una habitación del inmueble, o a ciertos servicios del inmueble), bien porque el sujeto desalojado obstaculiza de alguna manera la toma posesión del acreedor (instalándose en la puerta del inmueble o regresando a él, por ejemplo, habiendo hecho copias de las llaves). En tercer lugar, el lanzamiento puede requerir medidas de ejecución posteriores a la diligencia de lanzamiento cuando las Administraciones públicas intervinientes a instancia del tribunal no han proporcionado a los ocupantes desalojados la protección a sus derechos fundamentales con el alcance o en los términos que en garantía de la proporcionalidad del desalojo acordó el tribunal (se desplaza al ocupante anciano a casa de unos familiares que, contra lo ya acordado, no lo acogen o a la residencia en que, contra lo esperado, no hay plaza disponible); por consiguiente, el desalojo practicado, aun satisfactivo para el demandante, no responde a las exigencias del proceso con todas las garantías (que requiere protección a los derechos fundamentales conforme al principio de proporcionalidad) y no puede considerarse consumado. El tribunal podría autorizar el regreso del ocupante desalojado y la adopción de medidas urgentes a las Administraciones públicas competentes ante tales situaciones de necesidad.

Con todo, las medidas de lanzamiento ajenas a la diligencia tienen en ella un referente preciso: las medidas previas se refieren a la misma como actividades que la evitan, la preparan o garantizan su éxito. Las medidas posteriores procuran subsanar su posible ineficacia.

### **3. Lanzamiento como fase del proceso de ejecución**

#### *3.1. La actividad de lanzamiento como actividad de garantía*

A efectos expositivos, en el apartado anterior hemos presentado solo determinadas dimensiones de la actividad procesal de lanzamiento: como actividad del tribunal,



como actividad material u ordenada a producir efectos materiales en la esfera jurídica del deudor y como actividad satisfactiva para el acreedor. Este enfoque ha puesto de relieve la variedad de medidas de ejecución disponibles y la exigencia de considerar en su adopción los principios de eficacia, derecho material y proporcionalidad. Pero este enfoque limitado, ha dejado fuera de campo otro aspecto del lanzamiento que, en cuanto actividad jurisdiccional, podría deducirse de lo que dejamos sentado en la primera parte de este trabajo al abordar las características de la ejecución forzosa en general; es decir, que el lanzamiento no está formado sólo por actos del tribunal sino también por actos de las partes; no sólo por actos materiales de coerción o de subrogación, sino también por resoluciones requeridas de una pertinente cognición (en aplicación, entre otros, de los principios de proporcionalidad y de eficacia) mediante los que el tribunal procede a resolver, en su caso con contradicción y audiencia de partes, los conflictos cognoscitivos que plantea el proceso de ejecución<sup>72</sup>; en resumen, el lanzamiento se manifiesta como actividad compleja través de la cual se realizan las garantías de una justa aplicación del derecho<sup>73</sup>.

La percepción (por alguna doctrina y, al parecer, por el legislador de las últimas reformas de los juicios de desahucio) de la ejecución forzosa no dineraria, y, singularmente, la entrega de inmuebles, como una expeditiva puesta en vigor de lo determinado por la sentencia, desconociendo que en toda ejecución existen un buen número de cuestiones—entre otras las relativas a la proporcionalidad de las medidas— que deben ser resueltas para garantizar que esa aplicación sea acertada (además de eficaz), favorece la desprocesalización del lanzamiento, eliminando trámites considerados dilatorios sin tener en cuenta la función que desempeñan para favorecer tanto la consideración particularizada por el tribunal de las circunstancias concurrentes en cada caso y determinar así los medios de ejecución

---

<sup>72</sup> Prueba de ello es que la diligencia de lanzamiento frecuentemente se suspende o dilata más de lo deseable, pero lo que suele ser tomado como síntoma del fracaso de la actividad procesal puede verse como muestra de que el proceso es un mecanismo de garantías: la presencia de un tercero no condenado que ocupa el inmueble, la afectación de derechos fundamentales del ocupante por la actividad prevista, la necesidad de constancia de pretensiones, alegaciones y oposiciones de los presentes, etc.

<sup>73</sup> Aunque lo normal es que el tribunal (el órgano jurisdiccional) no actúe con presencia del juez sino a través de funcionarios del juzgado constituidos en Comisión judicial. La Comisión judicial actúa para el caso concreto, en virtud de mandamiento, la potestad jurisdiccional.

más idóneos (cognición en la que toma cuerpo el principio de proporcionalidad sin desconocer el de eficacia) como la contribución de partes a dicha tarea de cognición (mediante la actividad impugnatoria pertinente). En esta línea se presentan, como decimos, las recientes reformas del lanzamiento en el marco la ejecución de sentencias dictadas en juicios de desahucio (modalidad de lanzamiento directo; de ejecución directa) y otras propuestas de reforma que si bien no han prosperado pero que, sin duda, expresan una tendencia que puede continuar en el futuro. En este sentido, conviene recordar lo que sostenía MORENO MÓCHOLI refiriéndose a la ejecución de la sentencia de desahucio: «[...] su esencia radica en la diligencia de lanzamiento de sencillez aparente que desaparece si se contemplan todas las consecuencias que de la misma arrancan y las incidencias que en gran número pueden presentarse»<sup>74</sup>.

### *3.2. Consecuencias de la concepción del lanzamiento como fase procesal*

Los procesos se organizan en secuencias de actos investidas de una función parcial en el complejo total del proceso. Estas secuencias o tramos reciben diversos nombres que varían según la complejidad relativa de los mismos (fases, trámites, diligencias...). En este sentido, el lanzamiento puede ser considerado bien como la secuencia de actos concentrada en una fecha y un lugar determinados (el «acto del lanzamiento» a que alude el art. 703.2 LEC; la «diligencia de lanzamiento» a la que alude de modo fragmentario el apartado 4 del mismo artículo), bien como una secuencia mayor de actos, comprensiva de la anterior, unificada por la función de entrega de posesión inmediata de bienes inmuebles: la que podemos denominar «fase procesal de lanzamiento».

Como hemos expuesto, el conjunto de actividades de entrega posesoria (el lanzamiento en sentido amplio) se manifiesta como una actividad procesal desconcentrada, es decir, como una secuencia de actos procesales diversos a realizar en distintos lugares y tiempos (la «fase de lanzamiento») que, si bien tiene como núcleo indiscutible una actividad instantánea, a realizar en fecha, hora y

---

<sup>74</sup> MORENO MÓCHOLI, «Derecho, Acción y Juicio de desahucio (II)», RGLJ, 1944, págs. 425 y 426.

lugar determinados (el «acto de lanzamiento» o lanzamiento en sentido estricto), permite (y, según los supuestos, exige) otras actuaciones tanto previas como posteriores.

La fase procesal de lanzamiento, a su vez, se inserta en el marco más amplio del proceso de ejecución para la entrega de bienes inmuebles. En efecto, en este proceso existen actividades que deben distinguirse del lanzamiento pues tienen una función específica en el proceso de ejecución que no es asimilable a la entrega de posesión que se identifica con aquél, del mismo modo que el procedimiento de apremio no se puede identificar con el proceso de ejecución dineraria en su conjunto que también comprende, al menos, la fase de despacho y la de embargo. Por una parte, se distingue de la fase de lanzamiento la fase integrada por la actividad inicial de postulación, despacho y emisión de la orden general de ejecución (fase de despacho de la ejecución). Mediante tales actos el demandante ejercita su derecho a la tutela efectiva y el tribunal, por una parte, comprueba la existencia del derecho al despacho de ejecución, que depende de requisitos formales (la regularidad formal del título) y procesales (art. 551.1 LEC) y, por otra, delimita, mediante la orden general de ejecución, el alcance atribuido a tal derecho, tanto en su dimensión subjetiva como objetiva y funcional (art. 551.2 LEC). Mediante la orden general de ejecución el tribunal ordena la entrega de posesión inmediata del inmueble (el «lanzamiento» como efecto o resultado) que exige el título, aunque sin precisar todavía las medidas necesarias para ello (el lanzamiento como actividad) cuya determinación corresponde al secretario judicial (decreto de concreción ejecutiva: art. 551.3 LEC) como primer acto de la fase siguiente: la fase de lanzamiento.

Tampoco debemos incluir en la fase de lanzamiento la actividad de oposición a la ejecución que eventualmente pueda desencadenar el demandado frente al auto de despacho, impugnando la existencia o eficacia de la acción (en cuanto tales extremos no se hallen cubiertos por una presunción *iuris et de iure*) o del derecho al despacho de ejecución. La actividad de oposición gira en torno a la acción ejecutiva y al derecho al despacho de ejecución instrumental de la misma: sobre su existencia, vigencia y eficacia, así como los requisitos procesales de su ejercicio, pero no tiene que ver con la determinación y práctica (con todas las

garantías de cognición y contradicción) de la actividad procesal de desapoderamiento coactivo del deudor y la correlativa puesta en posesión judicial del acreedor de los bienes inmuebles que constituyen el núcleo de la fase de lanzamiento. La actividad procesal de oposición adquiere forma de incidente procesal (arts. 559.2 y 560 LEC).

La fase de lanzamiento, en la dimensión amplia que le atribuimos, sólo comienza propiamente cuando el secretario, en el marco de la orden general de ejecución emanada del juez, acuerda las medidas ejecutivas conducentes a la entrega de la posesión, fijando, en los casos en que sea preciso (es decir, exclusión hecha de los supuestos de señalamiento anticipado y de lanzamiento directo en los procesos arrendaticios, que luego analizaremos) la fecha y hora de tal diligencia de lanzamiento (arts. 703.1 y 704.1 LEC). En torno a tal diligencia de lanzamiento pivotarán el resto de las medidas que integran el lanzamiento (medidas para preparar la diligencia de lanzamiento recabando cooperación de otros órganos judiciales —cooperación judicial— o de las Administraciones públicas —policía, servicios sociales, servicios de menores, servicios sanitarios, etc.—; medidas en garantía de su eficacia dictadas al amparo del art. 700 LEC —embargo de bienes para cubrir costas y otras medidas precautorias—; medidas para evitar la diligencia como el requerimiento al abandono del inmueble ex art 699 LEC y la cooperación de las Administraciones públicas en el citado abandono<sup>75</sup>). Todas estas medidas serán acordadas bien tras el despacho, en el decreto inicial de concreción ejecutiva (si el tribunal dispone en ese momento de la información necesaria), bien en otros posteriores decretos de ampliación o modificación de las medidas inicialmente acordadas en función de su conducencia a los fines de desalojo. Como es lógico, el cumplimiento de los decretos de concreción ejecutiva desemboca en subsiguientes actos procesales en cumplimiento de lo ordenado: diligencias de ordenación, mandamientos, oficios, requerimientos y su cumplimiento material. Toda esta actividad procesal debe desarrollarse dentro del marco establecido por el título, el despacho y la orden general de ejecución. El demandante puede solicitar tales actividades de concreción ejecutiva en su escrito de demanda acto

---

<sup>75</sup> Las hemos enumerado en un apartado anterior de este capítulo y las analizaremos con más detalle en la cuarta parte de nuestro estudio.

de parte anterior a la fase de lanzamiento. También debe considerarse parte de la fase de lanzamiento la actividad desplegada tras la diligencia de lanzamiento cuando ésta haya sido insuficiente para satisfacer al acreedor o al hacerlo con vulneración de derechos fundamentales. Finalmente, también cabe incluir en la fase de lanzamiento toda la actividad contradictoria que pueda originarse a partir de los recursos interpuestos por las partes frente a los decretos que ordenan y regulan actos concretos de ejecución y las demás resoluciones que los complementan (arts. 551.5, 562.1 y 563 LEC) así como la que pueda surgir con ocasión de la impugnación (fundamentalmente durante la diligencia de lanzamiento mismo) de actuaciones materiales o de hecho irregulares no amparadas por los decretos de concreción ejecutiva (art. 562.1.3.º LEC).

De la fase procesal de lanzamiento se distingue también la eventual actividad procesal de transformación de la originaria prestación de entrega posesoria en una prestación dineraria por el equivalente y que será necesaria cuando la primera resulte —en todo o en parte, material o jurídicamente— imposible. Esta «fase de transformación o novación» (así como las subsiguientes de embargo y apremio para hacer efectivo el equivalente pecuniario) forma parte de la ejecución del mismo título que amparaba la entrega del inmueble devenida imposible y, por consiguiente, se integra en el mismo proceso (sin que sea preciso, por tanto, interponer una nueva demanda o dictar un nuevo despacho de ejecución): el demandante aspira a la satisfacción que avalaba el título ejecutivo con una prestación equivalente a la inicialmente diseñada por éste.

Del mismo modo, debemos excluir de la fase de lanzamiento el incidente previsto en el apartado segundo del art. 704 LEC, y desarrollado en los apartados 3 y 4 del art. 675 LEC, destinado a resolver contradictoriamente si el ocupante del inmueble distinto del ejecutado (y de las personas de él dependientes) debe soportar el desalojo inicialmente dirigido frente al demandado. Este incidente puede tener como resultado una verdadera novación subjetiva de la relación procesal, extendiendo la legitimación pasiva ocupante no demandado (desarrollando entonces el incidente la función propia de una intervención forzosa que convierte en parte al hasta entonces tercero) o, por el contrario, determinar que dicho ocupante merece la consideración de tercero ajeno a la ejecución y, por

consiguiente, puede conservar su posesión, haciendo inviable el lanzamiento frente a él (en cuyo caso el incidente habrá desarrollado la función propia de una tercería, pues sustrae definitivamente al tercero del proceso de ejecución). El incidente relativo a los terceros no es, por lo expuesto, un medio más para la entrega posesoria sino únicamente para ampliar el alcance subjetivo (legitimación pasiva) de la acción ejecutiva que fundamenta la pretensión del ejecutante, determinando frente al tercero su mejor derecho a poseer. La autonomía del incidente respecto del lanzamiento la acredita su empleo en contextos tan diversos como el proceso de ejecución dineraria (tras el embargo y con carácter previo al anuncio de la subasta: art. 661.2 LEC), el proceso para la entrega de bienes adquiridos mediante subasta judicial (art. 675.2 LEC) o el proceso para la ejecución por deberes de entregar cosas determinadas (art. 704.2 LEC).

### *3.3. Procesos en los que se inserta una fase de lanzamiento*

#### *3.3.1. Lanzamiento en procesos de ejecución no dineraria*

Las sentencias de condena firmes (art. 517.2.1.º LEC), los laudos y resoluciones arbitrales<sup>76</sup> (art. 517.2.2.º LEC) y las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso (art. 517.2.3.º LEC)<sup>77</sup>, pueden tener, como contenido inmediato y directo del título, la

---

<sup>76</sup> FERNÁNDEZ-BALLESTEROS señala que es errónea la expresión del legislador pues las “resoluciones arbitrales” son siempre interlocutorias y de contenido procesal por lo que no son ejecutables: lo único ejecutable es el laudo (Fernández Ballesteros, *La ejecución forzosa...*, 2001, cit., pág. 167). El art. 44 de la Ley 60/2003, de Arbitraje, efectúa una remisión al régimen de la LEC para la ejecución de los laudos. Según el art. 45 de dicha ley incluso si contra el mismo se ha interpuesto acción de anulación (salvo caución ofrecida por el ejecutado para indemnizar los daños y perjuicios que puedan derivarse de la suspensión).

<sup>77</sup> Vid. FUENTES SORIANO, Olga, «Ejecución y entrega de bienes inmuebles ocupados. Obligación de dar», *Práctica de Tribunales (La Ley)*, 2008, núm. 49, ed. digital. Como señala FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, se trata de «títulos con forma externa de una resolución judicial (o arbitral), pero el origen de su fuerza vinculante no procede del Juez, sino de la voluntad de las partes» o que tienen «forma de resolución y sustancia de pacto» (Fernández-Ballesteros, M. A., *Ibidem*, págs. 179 y 180). Según ORTELLS RAMOS a ellos alude el legislador en el art. 699 cuando menciona las «obligaciones» (en contraposición a la condena) como posible contenido del título que se ejecuta. Añade Ortells a esta categoría (considerándola también incluida en la mención a las «obligaciones» no dinerarias como contenido de los títulos) el acto de conciliación cuando su ejecución sea competencia del mismo tribunal ante el que se haya celebrado (Art. 517.2.9.º, con arreglo al 476 párrafo primero de la ley de 1881). Vid. Ortells Ramos, M., «La ejecución de condenas no dinerarias...», *La Ley*, 2005, pág. 60; También FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, *Ibidem*, págs. 184 a 189.

obligación de entrega de un bien inmueble. Hay que advertir que el deber de entrega específica de un bien inmueble no siempre significará la entrega de su posesión inmediata (la única necesitada de la fase procesal de lanzamiento) pudiendo limitarse a la entrega de la posesión mediata (como sería el caso de la reclamación frente al adquirente mediante *constitutum possessorium* —pues, si bien goza legítimamente de la posesión inmediata debe hacer entrega de la mediata— o en todos los casos de transmisión de la propiedad de una vivienda en los que el arrendatario no haya superado el plazo mínimo de duración del arrendamiento y, por consiguiente, pueda permanecer legítimamente en la posesión inmediata pero debiéndose entregar al comprador la posesión mediata —poniéndolo en posición de arrendador—; asimismo, la reclamación del adquirente en una compraventa cuya entrega se realizó mediante *traditio brevi manu* —si el adquirente reclama frente al vendedor que deje de comportarse como arrendador—; etc.) o a la transmisión de la mera titularidad sin posesión alguna (adquisición del inmueble en nuda propiedad, por ejemplo). Será necesaria una interpretación del título para determinar en cada caso el alcance del deber de entrega.

Existen, sin embargo, sentencias de condena a la entrega o dación de un bien inmueble cuya ejecución sí conlleva de modo típico (indicándolo la propia ley o la sentencia de modo expreso) la medida ejecutiva de lanzamiento. Es paradigmática, en este sentido, la sentencia de desahucio (la sentencia dictada en procesos arrendaticios declarando extinguido o resuelto el arrendamiento y condenando al deudor a la restitución del inmueble<sup>78</sup>) en la que el lanzamiento aparece mencionado en la propia sentencia como la actividad jurisdiccional apropiada para su ejecución. Se trata de un caso poco usual, pues las sentencias de condena suelen aludir exclusivamente al deber a cargo del deudor (entrega del inmueble al arrendador —y, para ello, su abandono—; pago de la deuda...): aquel deber que la ejecución forzosa debe sustituir, pero no a la actividad de sustitución (entrega o dación judicial del inmueble, por sustitución,—y, para ello, lanzamiento—; expropiación de bienes a

---

<sup>78</sup> En sentido estricto, la «sentencia de desahucio» no se identifica únicamente por el contenido del fallo (la resolución o extinción del arrendamiento y correlativo deber de restitución del inmueble al arrendador) sino por una tramitación peculiar (juicio de desahucio), juicio verbal con especialidades que sólo procede para ciertas causas: falta de pago (de la renta y cantidades asimiladas a la renta) o expiración del plazo (legal o contractual) de duración del arrendamiento: las «causas de desahucio» que no son, sin embargo, las únicas causas de resolución del contrato de arrendamiento.

cargo del tribunal —mediante embargo y apremio sobre el patrimonio—, etc.) propio ya del decreto de concreción de las medidas ejecutivas<sup>79</sup>. La ejecución del auto ratificando la venta verificada en el procedimiento de ejecución dineraria de bienes inmuebles también requiere, de modo típico, una fase procesal de lanzamiento, mencionada expresamente en la norma reguladora de la ejecución de este tipo de títulos ejecutivos cuando el inmueble enajenado se encuentra ocupado por terceros —art. 675.2 LEC—. Otra clase de sentencias típicamente conducentes al lanzamiento son las recaídas en procesos para la cesación del uso indebido (por el propietario o el inquilino) de un piso o local en régimen de propiedad horizontal; en estos casos se puede condenar al causante de las molestias al abandono del inmueble ocupado (párrafo quinto del art. 7.2 de la LPH), mencionándose expresamente el lanzamiento como la medida de ejecución procedente. Otros títulos cuya ejecución requiere típicamente de la fase procesal de lanzamiento son las sentencias dictadas en procesos matrimoniales (art. 774.4 LEC y arts. 90, 91 y 106 CC) y los autos que acuerdan medidas provisionales con ocasión de dichos procesos (sea con carácter previo a la admisión de la demanda —arts. 771.2.II y 772 LEC y art. 104 CC—, sea con posterioridad a dicha admisión —art. 773.2 LEC y art. 103.2 CC y 91 CC—): ambos títulos se deben ejecutar mediante lanzamiento cuando contemplen la atribución de la vivienda familiar a uno de los cónyuges. A continuación, nos ocupamos con mayor detalle de las peculiaridades que reviste el lanzamiento en ejecución de los mencionados títulos.

1.º Lanzamiento como fase procesal de la ejecución de la sentencia de desahucio (arts. 437.3, 440.3 y 4; 549.3)

La regulación de un medio específico de ejecución con la denominación de lanzamiento surgió en la LEC de 1855 en el seno de la ejecución de la sentencia recaída en los juicios especiales de desahucio<sup>80</sup>. Aun cuando el juicio de desahucio

---

<sup>79</sup> En las nuevas modalidades de ejecución o lanzamiento directo, la mención al lanzamiento se adelanta incluso al trámite de reparto o admisión de la demanda declarativa: art. 440.3 y DA 5.ª LEC; es claro que en este caso se están adelantando los trámites de ejecución al proceso declarativo.

<sup>80</sup> En el título XII LEC/1855 (arts. 636-672), se regulaba conjuntamente el «juicio de desahucio» como proceso declarativo sumario y el lanzamiento, como forma de ejecución. Consistía el régimen del lanzamiento en una parca regulación donde se otorgaban determinados plazos para el abandono del inmueble (arts. 647 a 650), se regulaba un embargo preventivo con ocasión del propio



que contenía la LEC de 1855 fue reformado en dos ocasiones por las leyes de 1867 y 1877<sup>81</sup> ninguna de ellas afectó al régimen de ejecución de la sentencia de desahucio, ni, por consiguiente, al lanzamiento, cuya regulación pasó casi intacta a la LEC de 1881. Esta última ley reguló nuevamente el lanzamiento dentro del título correspondiente al juicio (declarativo) de desahucio<sup>82</sup>. El vínculo sistemático entre el juicio (declarativo) de desahucio y el lanzamiento llevó incluso la confusión entre ambos conceptos de desahucio y lanzamiento<sup>83</sup>. Pese a lo parco de su regulación, el juicio para ejecución de sentencias de desahucio se aplicó por analogía (pese a algunas resistencias<sup>84</sup>) para regular la puesta en posesión de bienes inmuebles a favor del adquirente en procedimientos de apremio (arts. 989 y 990 LEC/1855 y 1515 LEC/1881) y, en general, para regular la puesta en posesión de bienes inmuebles en ejecución de sentencias de condena no dineraria (art. 926 de la LEC de 1881).

La LEC de 2000 quiso suprimir el juicio declarativo especial de desahucio (como proceso especial arrendaticio) subsumiéndolo en el juicio verbal ordinario (aunque conservando en el seno del nuevo proceso común la mayoría de las especialidades que tradicionalmente lo habían caracterizado como juicio especial, entre ellas, la posibilidad de enervación del juicio por el arrendatario, la condena por incomparecencia del demandado y la ausencia de cosa juzgada de la sentencia recaída. Consecuentemente, la LEC de 2000 transformó el régimen especial de ejecución de la sentencia de desahucio en una regulación general apta para la

---

lanzamiento para el abono futuro de rentas y costas del juicio (arts. 653 a 655) y se preveían incidentes para atender a la reclamación de mejoras por el arrendatario desahuciado (arts. 652 y 656 a 660).

<sup>81</sup> Leyes de 25 de junio de 1867 y de 18 de junio de 1877.

<sup>82</sup> En el Título XVII (comprensivo de los artículos 1561 a 1630) LEC/1881), el régimen jurídico del lanzamiento se ubicaba dentro de una sección específica, sección cuarta, bajo la rúbrica «De la ejecución de la sentencia de desahucio» (arts. 1595 a 1608). Contenía, al igual que su antecesora, una regulación de los plazos de lanzamiento (arts. 1.596 y 1.597), regulaba el embargo simultáneo al acto del lanzamiento para el pago de costas (art. 1601 y 1603) de rentas y de desperfectos (art. 1602) y un incidente para atender la reclamación de mejoras formulada por el arrendatario desahuciado (arts. 1604 a 1608).

<sup>83</sup> Véase la definición de COUTURE reseñada en este mismo capítulo, § 1.1.

<sup>84</sup> Las dudas se referían, por una parte, a los plazos que (pese a su brevedad: el más largo era de 20 días) se consideraban inaplicables a entregas no derivadas de la sentencia de desahucio. Algunos autores postularon la aplicación analógica de los arts. 2056 a 2060 LEC/1881 reguladores de la «posesión judicial en los casos en que no proceda el interdicto de adquirir»; considerados, sin embargo, por otros autores, normas poco efectivas al no contemplar medidas de coerción directa.

ejecución forzosa de obligaciones de entrega de posesión inmediata de bienes inmuebles cualquiera que fuese el origen de la obligación de entrega posesoria o el título que la amparase. El régimen común de lanzamiento heredaba, generalizándolos a un ámbito de aplicación mayor, diversos aspectos del lanzamiento regulado por las leyes de 1855 y 1881 (los plazos de desalojo y la posibilidad de acumular al lanzamiento pretensiones relativas a inemnización de los daños causados al inmueble o de abono de mejoras) antes restringidos (al menos en una interpretación literal) a la ejecución de las sentencias de desahucio.

Diversas leyes de reforma de la LEC de 2000 (Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios y Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal) han ido aumentando, mediante la modificación de diversos artículos de la LEC, el elenco de especialidades aplicables al juicio verbal cuyo objeto fuera la pretensión de desahucio por falta de pago o por expiración del plazo de duración del arriendo<sup>85</sup> de finca rústica o urbana (es decir, el ámbito tradicional del juicio especial de desahucio) y, a su vez, han introducido modificaciones en el régimen de ejecución de dichas sentencias, alterando el régimen común del lanzamiento que fuera conquista de la LEC de 2000<sup>86</sup>.

La modificación del régimen de la ejecución de las sentencias de desahucio fue moderada en las Leyes del año 2003 (limitándose a la posibilidad de un

---

<sup>85</sup> A la vez que homogeneizaban las especialidades aplicables al desahucio cualquiera que fuese la causa: antes de la reforma introducida por la ley 19/2009 algunas especialidades sólo se aplicaban a los desahucios por falta de pago. A partir de la reforma citada el plazo cuya expiración conduce al juicio de desahucio es tanto el plazo contractual como el legal. Siguen existiendo peculiaridades de los desahucios por falta de pago frente a los desahucios por expiración del plazo del arrendamiento derivadas de la naturaleza propia de cada objeto (enervación, oferta de condonación)

<sup>86</sup> La LEC de 2000 había admitido acumular la acción de reclamación de rentas a la de desahucio a través del cauce del juicio verbal, pero sólo si la cuantía de la reclamación económica no superaba la cuantía propia del juicio verbal —3.000 euros— (art. 438.3.3.ª LEC). La Ley 23/2003, modificando el anterior artículo, generalizó el cauce del juicio verbal para la reclamación de las rentas del arrendamiento de cualquier cuantía siempre que fueran acumuladas a las de desahucio; la ley 19/2009 permitió el ejercicio autónomo de la acción de reclamación de rentas (de cualquier cuantía) por los cauces del juicio verbal (art. 250.1.1.ª LEC) aun cuando el juicio sea consecuencia de la oposición en un proceso monitorio (art. 818.3 LEC).

señalamiento anticipado de la fecha de lanzamiento —dando lugar a lo que podríamos llamar un «lanzamiento rápido»<sup>87</sup>—), pero muy intensa en el caso de la ley 19/2009, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios, ampliando el ámbito de aplicación de las especialidades (para incluir expresamente los desahucios de fincas rústicas y los desahucios por causa de expiración de plazo del arrendamiento) así como su intensidad (creando una nueva modalidad de ejecución: la «ejecución directa» o «lanzamiento directo» que se aleja significativamente no sólo del régimen común de ejecución para entrega de inmuebles sino del modelo de proceso de ejecución diseñado originariamente en la LEC). El régimen de lanzamiento común sin especialidades, sigue aplicándose, no obstante, a la ejecución de las restantes sentencias de condena a la entrega de bienes inmuebles, incluidas las que se dicten resolviendo el contrato de arrendamiento y condenando al arrendatario a su entrega o restitución siempre que sea por causas distintas de las expuestas.

Esta forma de ejecución directa o lanzamiento directo requiere, como hemos señalado, dos condiciones: una resolución declarando el desahucio y la obligación de entrega del inmueble (1) y la formulación de la pretensión de lanzamiento al mismo tiempo que la pretensión de desahucio (en la demanda para el juicio de desahucio) (2.a), salvo en el caso del juicio monitorio de desahucio en que será suficiente la solicitud de ejecución una vez dictada la resolución procesal que se ejecuta (2.b).

La resolución procesal que se ejecuta puede ser: la sentencia dictada por incomparecencia a la vista del juicio verbal —art. 440.4 LEC— (1.a); la sentencia dictada tras la vista del juicio verbal, en caso de comparecencia —art. 440.4 LEC— (1.b); la sentencia por allanamiento —párrafo segundo del art. 447.1, párrafo segundo del art. 440.3 y art. 21.1 LEC— que se dicta, sometida a condición suspensiva (incumplimiento de la transacción), en caso de haberse acogido el demandado a la oferta de transacción eventualmente realizada por el demandante en la misma demanda —art. 21.3, párrafo segundo del art. 440.3 y art. 437.3 LEC—

---

<sup>87</sup> Por asimilación a los juicios rápidos civiles que sobre el modelo de los penales fueron regulados por la DA Quinta de la Ley Orgánica 19/2003, incluyendo el juicio desahucio iniciado ante las Oficinas de Señalamiento Inmediato.

(1.c); el decreto del secretario judicial a que alude el párrafo quinto del art. 440.3 LEC declarando terminado el juicio de desahucio por falta de oposición del inquilino tras el requerimiento que se ha dirigido al notificarle la admisión de la demanda —párrafo primero del art. 440.3 LEC— (1 d).

Merece alguna precisión adicional la sentencia de condena por allanamiento. El legislador ha procedido en este caso atribuyendo una doble naturaleza jurídica tanto a la resolución judicial como al acto de parte aceptando la oferta de condonación. En efecto, una vez el demandado acepta (en el plazo de diez días siguientes a la notificación de la demanda —párrafo segundo en relación con el primero del art. 440.3 LEC—) la oferta que se le hace en la demanda (art. 437.3 LEC), el tribunal dicta una resolución homologando como transacción el acuerdo alcanzado (art. 21.3 LEC). El demandado dispone para cumplir la transacción del plazo que el demandante le hubiera otorgado en la demanda (pero que no puede ser inferior a 15 días desde que se le notifique: art. 437.3 LEC). Pero en caso de incumplimiento de la transacción, la aceptación del demandado adquiere el valor de un allanamiento (art. 21.3, párrafo 2.º del art. 440.3 LEC<sup>88</sup>) y, por consiguiente, la resolución judicial que homologaba la transacción se revela como una sentencia de desahucio por allanamiento sometida a condición suspensiva —negativa: el no cumplimiento— (art. 21.3; párrafo segundo del 447.1 LEC)<sup>89</sup>.

En los casos a), b) y c) se deja a criterio del demandante solicitar la ejecución de la sentencia de desahucio junto a la pretensión de desahucio (en la misma demanda de desahucio) o esperar a la resolución procesal para interponer entonces demanda de ejecución ordinaria (437.3 *in fine* LEC); pero, al mismo tiempo, vincula la ejecución directa (el lanzamiento directo) a dicha demanda única con acumulación de

---

<sup>88</sup> Según el apartado 3 art. 21 LEC (bajo el rotulo *Allanamiento*) «Si el allanamiento resultare del compromiso con efectos de transacción previsto en el apartado 3 del artículo 437 [...]»; según el párrafo 2.º del art. 440.3, al notificar la demanda que contenga la oferta de transacción se indicará que su aceptación «equivaldrá a un allanamiento con los efectos del artículo 21»;

<sup>89</sup> El art. 21.3 atribuye a la resolución que homologa la transacción la declaración de que «de no cumplirse con el plazo de desalojo establecido en la transacción, ésta quedará sin efecto» y que «se llevará a cabo el lanzamiento»; el párrafo 2.º del art. 447.1 LEC se refiere a «las sentencias de condena por allanamiento a que se refieren los apartados 3 de los artículos 437 y 440, en previsión de que no se verifique por el arrendatario el desalojo voluntario en el plazo señalado»

pretensiones (art. 549.3 LEC)<sup>90</sup>. Por tanto, puede concluirse que de no realizar dicha acumulación el demandante opta por una ejecución de la sentencia de desahucio «ordinaria» (no «directa») lo cual no significa regresar plenamente al régimen del lanzamiento ordinario (válido para cualquier forma de entrega en vía ejecutiva de la posesión inmediata de bienes inmuebles) puesto que persisten las peculiaridades de señalamiento anticipado de la fecha de lanzamiento, sea por las oficinas de señalamiento inmediato, sea por el propio secretario judicial del órgano competente para el juicio de desahucio («lanzamiento rápido»)<sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup> En este sentido, MARTÍNEZ SAURI quien calificando el señalamiento de la fecha de lanzamiento en el momento de admisión de la demanda de «innovación trascendental» y considerándola «la innovación mas importante [de la reforma de 2003]» afirma que la efectividad del señalamiento depende del demandante pues «si en la demanda no se solicitase, el demandante perdería esta oportunidad y debería atenerse en ejecución de sentencia al lento trámite previsto hasta ahora» («Las modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación a los desahucios por falta de pago», *Revista Jurídica La ley*, núm. 5847 (año XXIV), 11 de septiembre de 2003). Ahora bien, para este autor la solicitud de ejecución no sólo es condición para la ejecución acelerada sino también para el propio señalamiento anticipado en el momento de admisión de la demanda, pues sostiene que «si el demandante no manifiesta en la demanda que se tenga por solicitada la ejecución del lanzamiento en la fecha y hora fijada al ordenar la citación, el señalamiento deberá efectuarse en la sentencia, como se deduce del inciso del apartado 3 del art. 549» («La reciente reforma del desahucio por falta de pago y expiración de plazo», *Diario La Ley*, núm. 7299, Sección Doctrina, 9 dic. 2009 y núm. 7330, Sección Doctrina, 28 en. 2010); conclusión que no compartimos pues la ley exige al demandante solicitar la ejecución en la propia demanda para que una vez dictada la sentencia no sea necesario ningún trámite adicional (demanda de ejecución, despacho, notificación, oposición) pero no para que se señale la fecha de lanzamiento de modo anticipado. En este sentido VENDRELL SANTIVERI afirma que «En el supuesto de que tal solicitud [de lanzamiento] no se hubiera formulado en la demanda, la parte actora deberá solicitar la ejecución del lanzamiento una vez declarada la firmeza de la sentencia de desahucio, pero no será necesaria una demanda ejecutiva, lo cual simplifica la actuación y habría de reducir también los costes procesales. En todo caso, ha de interpretarse que sin la solicitud de ejecución del lanzamiento, éste no podrá ser practicado en la fecha señalada» (Vendrell Santiveri, Enrique, «El lanzamiento tras la reforma de la ley 19/2009, de 23 de noviembre (la ley 20600/2009), de medidas de fomento del alquiler», *Práctica de Tribunales*, núm. 71, mayo 2010)

<sup>91</sup> Este lanzamiento «rápido» fue el modelo de lanzamiento que se implantó con las reformas de 2003 al que se criticó la incongruencia de señalar una fecha de lanzamiento muy próxima a la sentencia de desahucio para luego exigir el desarrollo de todos los trámites propios de la ejecución, con lo que llegada la fecha de lanzamiento había que suspender la diligencia por no haberse culminado los trámites. La propia dinámica del juicio de desahucio hacía inviable cumplir con la fecha señalada: como recuerda CONTIJOCH PRATDESABA: «[el señalamiento] no exoneraba de tener que instar demanda de ejecución de títulos judiciales, que en muchos casos por no decir en la mayoría de los casos y por demora en la localización del demandado, había dado lugar a la suspensión del juicio y a tener que fijar un nuevo señalamiento de celebración del juicio, que rebasaba la fecha prevista para el lanzamiento [...] también es una realidad constatada en la práctica judicial, que al retrasarse la celebración del juicio (y suspenderse el primer señalamiento verificado para la celebración del juicio) quedaba rebasada y de imposible cumplimiento la fecha prevista para la ejecución de la Sentencia y el correspondiente lanzamiento» (Contijoch Pratdesaba, Ramón, «La reforma procesal de los juicios arrendaticios (Ley 19/2009, de 23 de noviembre)», *Revista jurídica de Catalunya*, 2010, núm. 2, pag. 514)

Se aparta del anterior sistema el implantado para la ejecución del decreto declarando terminado el juicio de desahucio por falta de oposición del demandado (párrafo quinto del art. 440.3) o resolución que pone fin al juicio monitorio de desahucio (1.d), pues en este caso no se requiere haber formulado pretensión de ejecución de forma anticipada para que sea procedente el lanzamiento directo y bastará con que dictado el decreto el arrendador beneficiado por la sentencia de desahucio solicite la ejecución. Tras esta solicitud el juez debe dictar despacho de ejecución, sin más trámites intermedios hasta la diligencia de lanzamiento señalada en el proceso de desahucio, tal como se deduce de la alusión en el párrafo cuarto del art. 440.3 LEC (aplicable a la ejecución del decreto mencionado) al «inmediato lanzamiento, sin necesidad de notificación posterior».

2.º Lanzamiento como fase procesal para la ejecución del decreto dando por terminado el juicio monitorio de desahucio (art. 440.3 LEC)

Como resultado de la reforma de la LEC por la Ley de medidas de agilización procesal (Ley 37/2011, de 10 de octubre) se insertó en el juicio de desahucio por falta de pago un trámite de naturaleza monitoria, es decir, cuya tramitación coincide con la propia de un proceso monitorio; dicho trámite se inserta en el propio juicio de desahucio (como modalidad de juicio verbal), pero puede llegar a desplazarlo (en una especie de mutación procedimental) y poner fin al juicio verbal con los efectos típicos del juicio monitorio. En efecto, en el párrafo primero del art. 440.3 LEC (es decir, en la *sede materiae* del juicio verbal y, más concretamente en un artículo dedicado a la admisión de la demanda y trámites subsiguientes) se establece que tras la admisión de la demanda el tribunal dirigirá un requerimiento de desalojo al demandado con la admonición o advertencia (*mónere*) de que no atendida (o, en su caso, planteada oposición), se pondrá fin al juicio (verbal) de desahucio mediante un decreto del secretario judicial declarando finalizado el juicio de desahucio y dejando expedita la posibilidad de ejecución forzosa a partir de una mera solicitud de parte (es decir, la forma típica de finalización del proceso monitorio para el caso de no haber oposición cfr. 816.1 LEC)<sup>92</sup>. Por tanto, en ausencia de oposición al

---

<sup>92</sup> «decreto dando por terminado el juicio de desahucio y dará traslado al demandante para que inste el despacho de ejecución, bastando para ello con la mera solicitud» (440.3 LEC)

mencionado requerimiento, lo que comenzó como un juicio verbal de desahucio (con demanda de desahucio, señalamiento para la vista y de fecha de lanzamiento) y hubiera continuado como tal de haberse producido oposición (celebración de la vista, a diferencia del monitorio común en que esta vista se señala tras la oposición) termina como un juicio monitorio. La falta de comparecencia del demandado al acto de la vista ocasionará la sentencia de condena a pesar de la oposición formulada frente al requerimiento.

En caso de no haberse planteado oposición y, en consecuencia, haber decretado el secretario que ha terminado el juicio («monitorio») de desahucio por falta de oposición del demandado, el demandante deberá solicitar la ejecución y el juez dictará el despacho de ejecución correspondiente (párrafos quinto y sexto del art. 440.3 LEC). La mención a la solicitud de ejecución y al despacho de ejecución permiten dudar de que nos hallemos ante un lanzamiento directo, pues ésta forma de lanzamiento no requiere, en principio, demanda ni solicitud de ejecución, siendo condición necesaria (y suficiente) que la pretensión de ejecución se hubiera formulado en la demanda de desahucio, es decir, acumulada a la pretensión declarativa (art. 549.3 LEC). A nuestro entender, la regulada en el art. 440.3 LEC es una forma peculiar de ejecución directa<sup>93</sup>: el decreto del secretario judicial dando por terminado el juicio por falta de oposición (párrafo primero) origina un «lanzamiento inmediato» sin trámites intermedios entre el decreto y la diligencia de lanzamiento (párrafo cuarto) a salvo la solicitud de ejecución y el despacho correspondiente (párrafos quinto y sexto) pero sin necesidad de haber formulado pretensión ejecutiva en la demanda de desahucio (art. 437.3, *in fine* en relación con el art. 549.3, *a contrario*: sólo vinculan la pretensión de ejecución en la demanda de desahucio ejecución a la ejecución directa de sentencias —no a la ejecución del decreto del secretario ex art. 440.3—)<sup>94</sup>.

<sup>93</sup> Tal como señalamos supra: parte primera, capítulo 3, § 4.2

<sup>94</sup> Durante el debate parlamentario sobre la nueva redacción otorgada al art. 440.3 LEC se presentaron enmiendas destinadas a despejar toda posible duda sobre el carácter directo de la ejecución derivada del mecanismo monitorio introducido. En este sentido, la enmienda núm. 104 del GP Vasco (EAJ-PNV) proponía la siguiente redacción: «Si el demandado no atendiere el requerimiento de pago ni compareciere, para oponerse o allanarse, el Secretario judicial dictará decreto dando por terminado el juicio de desahucio y disponiendo se lleve a cabo el lanzamiento en la fecha ya señalada, y dará traslado al demandante para que inste el despacho de ejecución por lo que quede pendiente, bastando para ello con la mera solicitud. [...]» lo que se justificaba afirmando que «Se

3.º Lanzamiento para la ejecución frente a los ocupantes del inmueble del testimonio acreditativo de la transmisión de dichos bienes en un procedimiento de apremio (art. 674.1 y 675.2 LEC).

Como resultado del desarrollo de la fase de apremio en el proceso de ejecución dineraria, el adquirente de los bienes enajenados (quien, por lo general, es persona distinta de quien es sujeto activo en el proceso de ejecución dineraria —salvo en supuestos de quiebra de la subasta en los que podrá recibir la adjudicación de los bienes por un porcentaje de su valor de tasación o en pago de su crédito—) puede solicitar, con base en el documento que expide el secretario judicial dando testimonio del decreto de adjudicación y del cumplimiento de los demás requisitos para la transmisión (art. 674.1 LEC) la entrega forzosa de los bienes inmuebles que ha adquirido y, para ello, el lanzamiento de su ocupante (art. 675.2 LEC). En nuestra opinión, se trata de un proceso de ejecución forzosa distinto, aunque conexo, al proceso de ejecución dineraria en el que surge el título que se ejecuta.

La enajenación en la que se gesta el título ejecutivo mencionado puede realizarse a través diversos cauces: una subasta judicial (arts. 655 y sigs. LEC), una venta en los términos de un convenio celebrado entre las partes o entre éstas y un tercero (art. 640 LEC) o una venta realizada a través de personas o entidades especializadas (arts. 641 y 642 LEC). La perfección de tales enajenaciones

---

aprecia una cierta incoherencia por cuanto si el lanzamiento es inmediato, no parece lógico que tenga el demandante que instar su ejecución, que ha de hacerse forzosamente interponiendo una nueva demanda» (Boletín Oficial de las Cortes Generales Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 25 de mayo de 2011, núm. 117-7, pág. 44). En el mismo sentido, la enmienda n.º 133 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió proponía la siguiente redacción: «Si el demandado no atendiere el requerimiento de pago o no compareciese para oponerse o allanarse, al día siguiente del plazo concedido, el Secretario dictará decreto dando por terminado el juicio de desahucio y ordenará la prosecución del trámite de lanzamiento que tendrá lugar, en la hora y fecha señalada en la citación, sin necesidad de notificación, ni de solicitud, salvo el caso que no se hubiese instado la misma al formular la demanda»; se justificaba la anterior redacción con los siguientes argumentos: «a) Agilizar el proceso, estableciendo el término de un día para formular el decreto, que no ofrece dificultades jurídicas. b) El artículo 549.3 establece que la solicitud de su ejecución en la demanda de desahucio, será suficiente para la ejecución directa de la sentencia, sin necesidad de más trámites, para proceder al lanzamiento en el día y hora que se hubiese fijado al ordenar la citación del demandado. La coherencia con el nuevo redactado [sic. debe ser *con la nueva redacción*] del apartado, no será necesario una especial solicitud, evitando así un trámite procesal inútil. c) Sin embargo, sólo será necesaria esta solicitud si el demandante no hubiese hecho uso de la facultad de instarlo al formular la demanda, conforme el inciso final del apartado 3 del artículo 437» (BOCG. Senado, serie I, núm. 102-643, de 28 de julio de 2011, pág. 80).



corresponde siempre al momento de su aprobación por el secretario judicial mediante el denominado decreto de adjudicación «comprensivo de la resolución de aprobación del remate, de la adjudicación al acreedor o de la transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada»<sup>95</sup>. El efecto traditorio se produce modo instrumental (art. 1462.2 CC) con la expedición por el secretario judicial del testimonio acreditativo tanto del mencionado decreto de adjudicación, como de la consignación el precio y demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria (art. 674.1 LEC). Con base en dichos documentos el demandante puede proceder a la inscripción registral del inmueble y, a solicitar la puesta en posesión material de los bienes inmuebles (ya propiedad del solicitante): art. 675.1 LEC<sup>96</sup> y, para el caso de hallarse ocupado el inmueble, también el lanzamiento: art. 675.2 LEC. Nos hallamos, pues, ante un título formado por la documentación varios actos y que sería incardinable en el número 9 del art. 517.2 LEC, cláusula de cierre que atribuye fuerza ejecutiva a las «demás disposiciones y documentos que, por disposición de esta u otra ley, lleven aparejada ejecución».

La doctrina ha negado de forma implícita (DE LA OLIVA)<sup>97</sup> o explícita (MONTERO AROCA)<sup>98</sup> la condición de título ejecutivo a la resolución procesal (decreto) de adjudicación del inmueble y, en concreto, al de aprobación del resultado de la subasta (que, testimoniado conforme exige el art. 674.1 LEC, conformaría en nuestra opinión, el título ejecutivo); por el contrario, la actividad de entrega de

---

<sup>95</sup> Decreto de adjudicación dictado una vez aprobado el remate (art. 670.8) y abonado el precio y Decreto de aprobación judicial de la realización por persona o entidad especializada (art. 642.2 LEC).

<sup>96</sup> Parecida expresión en el art. 1515 LEC de 1881; En la regla 17 1 del art. 131 de la Ley Hipotecaria (antes de la reforma de la LEC de 2000 que traslada la regulación del juicio que contenía —el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria— a la LEC) se contenía una norma similar: «se le pondrá en posesión judicial de los bienes al adquirente si lo solicita» y, al igual que el art. 1515 LEC se omitía toda referencia al procedimiento a seguir para poner en posesión de los bienes al adjudicatario.

<sup>97</sup> De modo implícito, DE LA OLIVA afirma que «[...] no sabemos de resoluciones judiciales o documentos que puedan ampararse en el núm. 9 del tan repetido art. 517.2 LEC y que abran una ejecución no dineraria» (*ibidem*, pág. 318).

<sup>98</sup> Explícitamente MONTERO AROCA y FLORS MATÍES quienes señalan que: «las resoluciones que se vayan dictando dentro de un proceso de ejecución (por ejemplo el auto de aprobación del remate) no son propiamente un título ejecutivo que pueda dar lugar a otro proceso de ejecución. El caso más claro es el del artículo 675 LEC» (Montero Aroca, Juan y Flors Matíes, José, *Tratado del proceso de ejecución civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, tomo I, pág. 139).

posesión de un inmueble subastado (aun admitiendo que para ello se pueda ser necesaria la actividad de lanzamiento) se ha presentado como trámite propio de la fase final del procedimiento de apremio<sup>99</sup>. ROBLEDOS VILLAR, destacaba, con relación al art. 1515 LEC/1881, el carácter contradictorio de la figura: construida al servicio del interés del adquirente de los bienes y no del ejecutante<sup>100</sup> (lo que aboga por su independencia respecto del proceso de ejecución dineraria), pero estrechamente vinculada al proceso de ejecución dineraria en el que surge y del que, al menos formalmente, no se separa, dada la ausencia de formalidades especiales<sup>101</sup>. No compartimos este criterio de carácter formal.

---

<sup>99</sup> SOLCHAGA LOITEGUI, la incluye dentro de la que denomina «fase de consumación» del procedimiento de apremio junto al pago y la distribución de lo recaudado (Solchaga Loitegui, Jesús, *El procedimiento de apremio sobre inmuebles*, 1986, cit., pág. 180). ROBLEDOS VILLAR, en referencia al proceso de ejecución hipotecaria previsto en la LH y, en particular, a la regla 17 del art. 131 señalaba que «pese a que la puesta en posesión judicial es potestativa del adjudicatario, debe considerarse parte integrante del procedimiento judicial sumario y no de una actuación ajena al proceso de ejecución [...] consideramos que los actos de puesta en posesión están integrados en el propio procedimiento de ejecución judicial sumario, como última actuación del mismo [...]», citando en apoyo de su tesis a ROCA SASTRE, R. M.<sup>a</sup> y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., [*Derecho Hipotecario*, 7.<sup>a</sup> edición, Tomo IV, Vol. 2.º, pág. 1.141] argumentando que «La puesta en posesión trae su casusa en el procedimiento hipotecario, ya que la petición al Juzgado, la resolución que lo acuerde y las diligencias de posesión forman parte de un mismo procedimiento de ejecución; razones que son abonadas por la economía procesal, la necesidad de que las resoluciones judiciales sean efectivas y por la práctica procesal constante de los órganos jurisdiccionales que admiten, sin lugar a dudas, estas actuaciones como pertenecientes al procedimiento que les dio origen» (Robledo Villar, Antonio, *La subasta judicial...*, 1998, cit., págs. 319 y 320; nota 615). ROBLEDOS VILLAR atribuye la razón de ser de esta entrega a «exigencias de la obligación que contrae el Estado al garantizar la viabilidad de las adjudicaciones forzosas de bienes operadas bajo su amparo, sobre todo las que dimanen de un procedimiento judicial y que [...] han de asegurar la efectiva disponibilidad del nuevo titular del dominio» y a la «protección que el ordenamiento jurídico ha de dispensar a la nueva titularidad» (ROBLEDOS VILLAR, Antonio, *La subasta judicial: el remate*, Cedecs, Madrid, 1998, págs. 273 a 275. vid. asimismo, págs.309 a 330). PUGLIATTI la configuraba como uno de los episodios de la ejecución dineraria y entendía que su finalidad no era realizar «un derecho del acreedor dirigido a la posesión contra el deudor ejecutado: un derecho, por tanto, a obtener la tutela posesoria contra él, y, por consiguiente, a privar a este último (coactivamente) de la posesión de la cosa» sino que «resulta de la misma orden con la cual se actúa la venta forzosa o la adjudicación (de cosas), no ya frente al deudor, sino frente al secuestratario judicial» (Pugliatti, Salvatore, *Esecuzione forzata ...*, 1935, cit., pág. 435).

<sup>100</sup> En este sentido, ROBLEDOS VILLAR afirma que «[...] supone un reconocimiento formal del adjudicatario como, al menos, interesado en el proceso de ejecución, pudiendo dirigirse al órgano judicial en reclamación del cumplimiento de los derechos que le son propios» (*ibidem*, pág. 275).

<sup>101</sup> El autor citado en nota anterior añade al respecto que «se trata de completar, en el más breve plazo posible, la sucesión de actos que integran la transmisión patrimonial, por lo que se prescinde de la exigencia de formalidad respecto a personaciones y actos similares que sólo acarrearían dilaciones innecesarias. Por ello, la protección que el ordenamiento jurídico otorga al adjudicatario excluye la necesidad de postulación procesal y, así, la petición será elevada directamente por el titular de la adjudicación, sin que se exija la actuación de procurador habilitado ni defensa letrada» (*idem*).

Con anterioridad a la norma contenida en el art. 675.2 LEC existía división doctrinal respecto al empleo del lanzamiento como trámite adecuado para la entrega posesoria en estos casos. Mientras que un sector doctrinal proponía acudir, sin más, a las normas de entrega propias del lanzamiento<sup>102</sup> (aproximando procedimentalmente la actividad a la propia de un proceso de ejecución), otro sector sugería recurrir a las normas del procedimiento de jurisdicción voluntaria previsto

---

<sup>102</sup> Propugnaban el recurso a las normas de ejecución de sentencias de desahucio (arts. 1595 y sigs. LEC/1881): SOLCHAGA LOITEGUI, Jesús., *El apremio de bienes inmuebles*, 1986, cit., págs. 181 y 182, FRANCO ARIAS, Just, *El procedimiento de apremio*, Librería Bosch, Barcelona, 1987 págs. 268 y 269; GARCÍA PÉREZ, J., «La entrega de la posesión en el art. 131 de la Ley Hipotecaria», *La Ley*, 1993, tomo II, pág. 931; FUENTES SORIANO, Olga, *El proceso de ejecución hipotecaria*, Edijus, Zaragoza, 1998, pág. 416; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, RIFÁ SOLER, José María; VALLS GOMBAU, José Francisco, *El juicio ejecutivo*, La Ley, Madrid, 1997, págs. 881 y 882. Por su parte, PRIETO-CASTRO afirmaba que «si el inmueble se halla ocupado por el deudor o por algún poseedor inmediato, el repetido rematante puede acudir a una medida de lanzamiento que, no es privativa, como sabemos, del proceso de desahucio, o al medio del art. 41 de la Ley Hipotecaria» (Prieto-Castro, Leonardo, *Derecho procesal civil*, 4.ª ed., Madrid, Tecnos, 1988, tomo II, pág. 749). ROBLEDO VILLAR sostiene que «La propia literalidad del párrafo 2.º del artículo 1515 LEC admite esta posibilidad al regular que “se pondrán al comprador en posesión de los bienes”. La aplicación del lanzamiento en la adjudicación judicial de inmuebles encuentra su justificación en la plenitud de efectividad que requiere la resolución judicial. De manera que, si el ejecutado ocupante se resiste a cumplir los requerimientos judiciales que para dejar libre la finca se le hicieren, la única medida legal que queda es el lanzamiento, sin necesidad de un nuevo pleito, ya que tal medida no es exclusiva del juicio de desahucio» (págs. 312 y 313). Este autor, respecto a la puesta en posesión derivada del proceso de ejecución hipotecaria del art. 131 LH sostiene la misma solución que para el procedimiento común de la LEC «puesto que la legislación hipotecaria no ha previsto el requerimiento previo, no la concesión de plazo para el desalojo voluntario, encontrándonos ante una laguna del Derecho, es preciso que el juzgador adopte la decisión que estime más conveniente. Para ello deberá procurarse no causar indefensión alguna a las partes o a terceros y ejercitar la potestas con la debida prudencia, moderación y realismo» (Robledo Villar, Antonio, *La subasta judicial...*, 1998, pág. 320). FRANCO ARIAS, señala al respecto que «Si el bien inmueble se hallare ocupado, y el ocupante se negase a abandonarlo por propia voluntad, para desalojarlo//se acudirá al lanzamiento sin necesidad de nuevo pleito {...} El adquirente, además de poder solicitar en la propia ejecución que se le ponga en posesión de los bienes, él mismo, o los sucesivos adquirentes si transmite su derecho de dominio, podrá interponer juicio de desahucio independiente a la ejecución en base al art. 1514 LEC y frente al antiguo propietario ejecutado que ha pasado a ser simple precarista. En este sentido, vid. la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1932}. Se podrían aplicar por analogía, en estos casos, las normas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto a la ejecución de las sentencias de desahucio en cuanto a la forma de llevar a cabo el lanzamiento» (Franco Arias, Just, «problemática derivada de la posesión en la subasta judicial», *Justicia* 98, *Revista de Derecho Procesal*, 1998, I-II, págs. 269-270 y nota 766). MORAL MORO, señala que «si el ejecutado ocupante del bien se niega al desalojo, resistiéndose a los requerimientos judiciales, no queda otro remedio legal que acudir a su lanzamiento sin necesidad de acudir a un nuevo pleito» y cita en su apoyo las sentencias del TS de 24 de junio de 1932 (RAJ 1131) y de 26 de junio de 1950 (RAJ 1030) (Moral Moro, María José, *La subasta judicial de bienes inmuebles*, J. M.ª Bosch, Barcelona, 2000.pág. 369 y nota 158).

en los arts. 2056 y sigs. LEC/1881<sup>103</sup>. También existían posturas intermedias, admitiendo una aplicación restrictiva de las normas del lanzamiento<sup>104</sup>. La jurisprudencia se inclinaba por la primera opción<sup>105</sup>.

---

<sup>103</sup> GUASP DELGADO entendía la puesta a disposición del art. 1515 LEC de 1881 como «emitir las órdenes necesarias, que den a conocer al nuevo dueño a las personas que él designe o señale, e incluso a practicar los tramites que componen el expediente denominado de posesión judicial, según la misma norma últimamente citada» (Guasp Delgado, Jaime, *Derecho procesal civil*, Tomo I, 1968, cit., pág. 463). También se manifiesta partidario de esta vía para la puesta en posesión al adjudicatario en proceso de ejecución hipotecaria regulado en el art. 131 LH (según la regla 17.<sup>a</sup>, último párrafo) (Guasp, Jaime, *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*, pág. 168). De la misma opinión GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Madrid, 1994, pág. 324; ROCA SASTRE, R. M.<sup>a</sup> y ROCA SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, (7.<sup>a</sup> ed.), tomo IV. Vol. 2.<sup>o</sup>, pág. 1.141; LÓPEZ LIZ, José, *Procedimiento Judicial sumario del art. 131 LH*, Barcelona, 1998, págs. 242-243 y *El procedimiento extrajudicial-notarial de ejecución hipotecaria*, pág. 381.

<sup>104</sup> MONTSERRAT VALERO mantenía una posición matizada pues opinaba que los preceptos anteriores (2056 y sigs. LEC de 1881) «carecen de la contundencia necesaria», y «se muestran poco operativos ya que omiten cualquier referencia a los problemas prácticos que pueden presentarse como el plazo que concede el Juez para que el ocupante desaloje la finca. Por eso parece razonable la aplicación de los artículos 1595 y sigs. que sí resuelven estos problemas, aunque se tratará de una aplicación selectiva, es decir, no de todos ellos, sino de los apropiados al caso [...] Así los arts. 1596 y 1597 que establecen los plazos que da el Juez para que los ocupantes desalojen [...]. Y también parece razonable admitir la posibilidad de aplicar algunos de los artículos del procedimiento de posesión judicial de los artículos 2056 y sigs. [...] Por ejemplo, el art. 2058 (la posesión se dará por medio de alguacil asistido del actuario) o 2060 (posibilidad de solicitar testimonio del auto ordenando la puesta en posesión), pero más difícilmente el art. 2059, que está pensado para una posesión mediata, cuando lo que se pide es el procedimiento del art. 131 LH es, normalmente, una posesión inmediata; pero si la ejecución hipotecaria dejase subsistente un arrendamiento también sería aplicable» (Montserrat Valero, Antonio, *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria* (art. 131 LH), Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 287 y 288)

<sup>105</sup> El TS señalaba ya en Sentencia de 24 de junio de 1932 (RA 1131) que «ni gramatical ni legalmente puede consistir en otra cosa que en otorgar y poner en posesión de la finca al acreedor como ordena el art. 1515 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y el 131 de la Ley Hipotecaria, para lo cual si el inmueble está ocupado por el deudor y éste se resiste a cumplir los requerimientos judiciales que para desalojarlo se le hicieron, la única medida legal que queda es el lanzamiento, sin necesidad de nuevo pleito, ya que tal medida no es exclusiva del juicio de desahucio como parece entender el recurrente, ni el procedimiento de apremio es peculiar del juicio ejecutivo, aparte de que la autoridad judicial puede adoptar las medidas coercitivas que estime oportunas contra el demandado para el cumplimiento de la sentencia firme»; también SSTS 26 junio 1950 (RAJ 1030), según la cual: «el adjudicatario de la finca subastada debe de ser puesto en posesión de la misma, para lo cual si el inmueble está ocupado por el deudor y éste se resiste a cumplir los requisitos judiciales que para desalojarlo se le hagan, la única medida legal que queda es la del lanzamiento, sin necesidad de un nuevo pleito»; en el mismo sentido STS 16 de octubre de 1953 (RA 2691). Sin embargo, en voto particular a la STC 158/1997, de 2 de octubre que formula el Magistrado Fernando García-Mon y González-Regueral (a la que se adhieren los Magistrados Rafael de Mendizábal Allende y Manuel Jiménez de Parga y Cabrera) señala —sin ser éste criterio determinante del voto particular— que «El último inciso de la regla 17. del art. 131 LH no requiere necesariamente otorgar al adjudicatario de la finca hipotecada la posesión real e inmediata de la misma [...] establece en su último inciso que “también se pondrá en posesión judicial de los bienes al adquirente, si lo solicitase”. Pues bien, de las diferentes formas en que la LEC regula la puesta en posesión de los bienes al titular de los mismos,

En nuestra opinión, la actividad judicial necesaria para la entrega al adquirente de bienes a través del procedimiento de apremio es difícil de incardinar como parte del proceso de ejecución dineraria, por las diversas razones:

a) Objetivamente, la pretensión de «puesta en posesión» se ampara en un poder jurídico frente al tribunal distinto del que se ejercita en el proceso de ejecución dineraria. Ejercita el adquirente del inmueble un derecho propio a una prestación jurisdiccional que merece ser considerada una acción autónoma. El interés, expresado por la pretensión que se trata de satisfacer con el lanzamiento difiere del interés que se satisface con el proceso principal, expresado por la pretensión de entrega de una cantidad de dinero. En un caso, el ejecutante aspira a obtener el pago de una deuda de dinero cuya causa es avalada o expresada por su título. En el segundo caso, el adquirente del inmueble aspira a obtener la posesión de un inmueble con el fundamento en su título adquisitivo (convertido, a estos efectos, en un nuevo título de ejecución).

b) Subjetivamente, la solicitud de entrega del inmueble adquirido puede provenir de persona distinta del ejecutante o parte activa en el proceso de ejecución dineraria: el adquirente del inmueble, que es un tercero en relación con el proceso de ejecución dineraria. Dicho adquirente ni siquiera puede considerarse un sucesor o subrogado en la posición del ejecutante frente al deudor pues el crédito que ostenta es autónomo: deriva de la adquisición por él realizada (precisamente del deudor, no del acreedor) con la intervención directa (mediante

---

sólo en una, la establecida en el art. 1.596 para el procedimiento de desahucio, se establece expresamente el apercibimiento de lanzamiento y desalojo del demandado. Atribuir esos mismos efectos, que son los propios del juicio de desahucio, a la puesta en posesión judicial a que alude el último inciso de la regla 17. del art. 131 LH, cuyo procedimiento tiene por objeto la realización del valor del dominio de la finca y no la extinción de derechos personales —se extingan o no éstos como efecto indirecto de la Sentencia que ponga fin a dicho procedimiento—, es una interpretación dudosa pero posible en términos de legalidad ordinaria. [...] La posesión judicial a que alude la regla 17. del art. 131 LH no ha de ser necesariamente la prevista para el desahucio en el art. 1.596 de la LEC., sino que puede llevarse a efecto, bien como establece el art. 1.515 —dando a conocer el adquirente como dueño a las personas que él mismo designe—, o bien mediante la posesión judicial regulada en los arts. 2.058, 2.059 y 2.060 de la LEC “El que obtenga la posesión —dice el art. 2.059—, podrá designar los inquilinos, colonos o administradores a quienes el actuario haya de requerir para que le reconozcan como poseedor. Dicho funcionario extenderá diligencia del acto de la posesión y de los requerimientos que hubiere verificado”» (voto particular, apartado 3).

subasta) o indirecta (en el caso de adquisición mediante entidad especializada o mediante convenio) del órgano jurisdiccional<sup>106</sup>.

Contemplando el lado pasivo de la relación el derecho que se trata de ejercitar con la solicitud de entrega del inmueble es un derecho que se afirma no sólo frente al enajenante que ocupa el inmueble sino también frente al tercero no enajenante que impide la toma de posesión sin tener título (causa) suficiente que justifique su posesión a la del adquirente (el ocupante vencido en el incidente previsto en los apartados 3 y 4 del art. 675 LEC).

c) Formalmente, existen normas de procedimiento específicas para esta pretensión de entrega posesoria. El art. 675.2 II LEC establece un plazo de un año para el ejercicio de la solicitud (pretensión) de reclamación posesoria del inmueble enajenado dirigida frente a terceros ocupantes. Regula, asimismo, el incidente previo para determinar la legitimación pasiva de tales terceros (art. 675.3 y 4), regulación a la que, por cierto, acude por remisión el art. 704.2 LEC, en sede de ejecución de prestaciones no dinerarias<sup>107</sup>.

En términos estrictos, los párrafos 2 a 4 del art. 675 LEC sólo regulan la actividad de ejecución forzosa a seguir frente a quien es tercero (tercero respecto de la relación entre vendedor y comprador, entre el adquirente en la subasta y el demandado en el proceso de ejecución dineraria —vendedor—). Pero esta norma permite verificar que al legislador no repugna la posibilidad de que el título adquisitivo representado por el testimonio del decreto de adjudicación a través del

---

<sup>106</sup> Sobre el mecanismo implicado en la subasta como contrato procesal, entre otros, SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre inmuebles*, 1986, cit., págs. 88 y 165 y sigs., CARRERAS LLANSANA, Jorge, *El embargo de bienes*, J. M.<sup>a</sup> Bosch, Barcelona, 1957, pág. 81; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *El proceso de ejecución*, s.e. (Imprenta Romagraf), Barcelona, 1982, págs. 77 y sigs. Por supuesto, es operación de carácter público, pero su repercusión material en las esferas jurídicas de acreedor y deudor configuran un deber de entrega del segundo respecto al primero y no del Estado. PRIETO-CASTRO considera el remate acto de soberanía estatal que produce la enajenación del bien ejecutado; vid. ALONSO SÁNCHEZ, Beatriz, *Las adjudicaciones procesales de bienes en los procedimientos de ejecución*, Edersa, Madrid, 1999, págs. 70 y sigs.

<sup>107</sup> Que las normas del incidente propiamente dichas se encuentren en este art. 675 (apartados 2 y 3) antes que en el art. 704.2 obedece, en nuestra opinión, simplemente a una razón de mero orden: el art. 675 se encuentra antes en el articulado de la LEC. Hubiera sido sistemáticamente más correcto situarlo junto a los demás artículos reguladores de la ejecución no dineraria.

procedimiento de apremio ampare una acción ejecutiva autónoma (a ejercitar en el plazo de un año) plenamente diferenciable de la acción ejercitada a través del proceso de ejecución dineraria y a seguir a través de un procedimiento también diferente determinado, por la remisión que se hace contienen al lanzamiento. Por lo demás, el art. 675.2 LEC se remite *in totum* —aunque implícitamente— para regular el proceso al régimen común de la fase procesal de lanzamiento.

Alguna doctrina ha admitido que el proceso para reclamar a los terceros (distintos del deudor) la entrega del bien inmueble que ocupan es un proceso autónomo respecto del proceso de ejecución dineraria. Según MORENO CATENA el legislador «parece asimilarla a una especie de acción interdictal de recuperar la posesión»<sup>108</sup>. GARBERÍ LLOBREGAT entiende que el art. 675 otorga al adquirente de un inmueble subastado «un instrumento procesal privilegiado en orden a obtener el lanzamiento de los ocupantes del inmueble»<sup>109</sup>. En éste sentido se pronuncia también alguna resolución jurisdiccional<sup>110</sup>. No se sostiene lo mismo respecto de la ejecución frente al propio ejecutado.

En nuestra opinión, siendo el propio deudor demandado en el proceso de ejecución dineraria quien resiste la entrega, la identidad de razón justifica la aplicación analógica del proceso de ejecución regulado en el art. 675. Existe, en

---

<sup>108</sup> MORENO CATENA, Víctor, *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo IV. cit., 2000, pág. 233. FAIRÉN GUILLÉN lo califica de «interesante juicio sumario» (Fairén Guillén, Víctor, «Los “okupas” en la Ley de Enjuiciamiento Civil», *RDP*, año 2004, n.º 1-3, pág. 604). La Exposición de Motivos de la LEC de 2000 lo denomina «un incidente dentro de la ejecución» para «audiencia y eventual desalojo de los ocupantes de los inmuebles enajenados en un proceso de ejecución» (apartado XVII, párrafos 23 a 25).

<sup>109</sup> Instrumento «que aquel rematante o adjudicatario podrá ejercitar dentro del plazo de un año desde la adquisición, transcurrido el cual la pretensión de desalojo (ahora ya como cualquier propietario de un inmueble ocupado) sólo podrá hacerse valer en el juicio declarativo que corresponda» (GARBERÍ LLOBREGAT, José, *La ejecución forzosa en la nueva LEC*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 801).

<sup>110</sup> En este sentido, se pronuncia la AP de Zamora núm. 6/2003 (Sección Única), de 22 enero (JUR 2003\67261) según la cual «[...] el título por el que procede solicitar la ejecución es en base al Auto aprobando el remate a favor del hoy apelado [...] de la vivienda que constituye el domicilio del apelante, [...] Y por lo tanto el despacho de ejecución deberá basarse, no en la sentencia firme de condena del art. 517.2.1º sino en el 9º que se refiere a “las demás resoluciones judiciales y documentos que, por disposición de esta u otra ley, lleven aparejada ejecución”, como lo es el Auto aprobando el remate» (FJ 5.º). MONTERO AROCA (de quien tomamos la referencia a esta sentencia) califica esta resolución de confusa.

efecto, una laguna en el art. 675, dado que su apartado primero contempla el supuesto del inmueble abandonado, en tanto que el segundo contempla el caso de su ocupación por un tercero, dejando, por tanto, sin regulación el supuesto en que el inmueble está ocupado por el propio deudor. En nuestra opinión, existe identidad de razón entre el supuesto en que el adquirente reclama el inmueble a terceros y aquel en que la reclamación se realiza directamente frente al enajenante: se trata, en ambos casos, de la entrega forzosa de la posesión a quien tiene derecho a ella frente a una ocupación que se revela ilícita a partir de un título ejecutivo (un documento dotado de presunción de validez y eficacia) siendo secundaria la identidad del sujeto respecto; lo relevante es una resistencia ilícita a la puesta en posesión del adquirente mediante un acto jurídico público (la subasta judicial). La diferencia entre uno y otro supuesto es que en caso de ocupar el inmueble el propio deudor, el testimonio acreditativo del decreto de adjudicación a través de un procedimiento de apremio será título bastante para dirigir el lanzamiento contra él (dada la certeza que sobre su posición jurídica respecto del inmueble proporciona el hecho de haberse embargado y enajenado sus bienes en el marco de un proceso —el de ejecución dineraria precedente—), mientras que en el caso del tercero será necesario el desarrollo de un incidente declarativo para determinar su legitimación pasiva (el mejor derecho a poseer de adquirente y tercero ocupante, respectivamente). En consecuencia, también a la ejecución contra el vendedor ocupante se aplicará por analogía el plazo de un año (art. 675.3 LEC) para el ejercicio de esta acción ejecutiva privilegiada y para su tramitación se aplicará el régimen jurídico propio del lanzamiento común.

Con la aplicación del régimen de la fase procesal de lanzamiento se garantiza la tutela efectiva tanto del adquirente, que no tendrá que acudir a un proceso declarativo autónomo (eficacia de la tutela como economía procesal), como del ejecutado, que dispondrá, a través del proceso de ejecución, de la oportunidad de reaccionar contra posibles excesos o errores en el proceder jurisdiccional (recursos ex arts. 551.4, 562 y 563 LEC). Frente a lo que sostenemos, podría pensarse que el legislador ha optado en estos casos por una especie de lanzamiento directo (sería, por tanto, un curioso precedente del lanzamiento directo: sin demanda, despacho o trámites intermedios). En tal caso, una vez



formulada la solicitud de entrega (y desarrollado, en su caso, el incidente contradictorio de estar el inmueble ocupado por terceros) procedería el secretario judicial, a señalar la fecha de lanzamiento (aplicando analógicamente el art. 703.1 LEC) y, sin más trámites, se desarrollaría la diligencia lanzamiento en la fecha correspondiente. No parece, sin embargo, que el art. 675.2 LEC autorice a prescindir de los trámites previos a la diligencia de lanzamiento. Formulada la solicitud a que alude el art. 675.2 LEC, el tribunal deberá dictar el despacho de ejecución, lo que le permitirá controlar, entre otros extremos, la caducidad propia (un año) de la acción ejecutiva que se ejercita (art. 675.2 LEC) y la concurrencia de legitimación, tanto activa, para formular la petición (que corresponde, salvo sucesión debidamente acreditada, al adquirente según el testimonio del decreto de adjudicación), como pasiva, para soportar la responsabilidad (correspondiendo al deudor en el proceso de ejecución dineraria precedente o a quien se considere igualmente obligado al abandono conforme al incidente regulado en los arts. 661.2 o 675.2 LEC). Al secretario judicial, mediante decreto de concreción ejecutiva, corresponderá establecer las medidas de lanzamiento apropiadas que, como hemos visto, no comprenden sólo la diligencia de lanzamiento (art. 551.3 LEC). Los ocupantes que soporte esta forma de ejecución podrán acudir al régimen de oposición a la ejecución o a los recursos que crean pertinentes.

A la anterior conclusión no obsta que el art. 675.2.I LEC prevea el lanzamiento «inmediato» cuando el ocupante del inmueble ya hubiera sido reconocido en la fase de embargo (a través del incidente previsto en el art. 661.2 LEC —que remite para su régimen concreto al art. 675—) como ocupante sin título suficiente para mantener la posesión frente al futuro adquirente del bien. La inmediatez, en este contexto, sólo significa que no es necesario desarrollar el incidente declarativo previsto en el apartado tercero del art. 675 para determinar la posible legitimación pasiva tales ocupantes (pues ya se determinó en la fase de embargo, pero significa una expresa supresión de los trámites y garantías procesales del lanzamiento como tal fase procesal.

#### 4.º Lanzamiento como fase de la ejecución de la sentencia de condena recaída en el proceso del art. 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal

El párrafo 5.º del art. 7.2<sup>111</sup> de la Ley de Propiedad Horizontal contempla una acción declarativa para que la comunidad de propietarios consiga el cese de las actividades desarrolladas en cualquiera de los pisos o locales del inmueble que resulten dañosas para la finca o contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas; y ello tanto si son producidas por el propietario o titular del piso o local como si lo son por su inquilino<sup>112</sup>. Esta acción, que la LPH denomina «acción de cesación» (atendiendo a su finalidad principal), puede tener como resultado no sólo la condena al demandado a cesar en las actividades que desarrolla en el inmueble (tal como su nombre indica) sino también, adicionalmente, la condena a desalojar el inmueble: tratándose de su propietario, ordenándole abandonarlo por un tiempo (que no puede ser superior a tres años) y, tratándose de un inquilino, resolviendo judicialmente su contrato (pronunciamiento constitutivo que afecta tanto a propietario como a inquilino<sup>113</sup>)

---

<sup>111</sup> Según este párrafo: «Si la sentencia fuese estimatoria podrá disponer, además de la cesación definitiva de la actividad, prohibida y la indemnización de daños y perjuicios que proceda, la privación del derecho al uso de la vivienda o local por tiempo no superior a tres años, en función de la gravedad de la infracción y de los perjuicios ocasionados a la comunidad. Si el infractor no fuese el propietario, la sentencia podrá declarar extinguidos definitivamente todos sus derechos relativos a la vivienda o local, así como su inmediato lanzamiento». El texto actual fue introducido en la LPH 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, a través de la reforma llevada a cabo por la Ley 8/1999, de 6 de abril. La misma norma estaba contenida anteriormente en el art. 19 y también contemplaban las acciones para privar del uso del inmueble a su propietario o para la resolución del contrato y el lanzamiento del inquilino. Contra el art. 19 de la ley de 1960 se interpuso en su día cuestión de inconstitucionalidad que fue resuelta a favor de la constitucionalidad de la norma por la STC (Pleno) 301/1993, de 21 de octubre (ponente: Sr. Viver Pi-Sunyer). Contra ese mismo artículo, pero invocando en este caso vulneración del derecho a la libre elección de residencia, se interpuso recurso de amparo que fue resuelto, también a favor de la constitucionalidad de la norma, por la STC 28/1999, de 8 de marzo (ponente: Pedro Cruz Villalón).

<sup>112</sup> María Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ. «La privación del uso de la vivienda como sanción en la Ley de Propiedad Horizontal», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 4/2000, págs. 111 a 124; Pilar ÁLVAREZ OLALLA. «La constitucionalidad de la privación del uso del piso o local al propietario, ante la realización de actividades prohibidas en Estatutos, dañosas para la finca, molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 13/1999, Enero-Diciembre 1999, págs. 9-36; MARTÍN RÍOS, «El desarrollo en el inmueble de actividades indebidas: la acción de cesación», en *Los procesos en materia de propiedad horizontal*, Tirant lo Blanch, Valencia, versión digital; ALONSO SÁNCHEZ, Beatriz, *Aranzadi Civil*, Vol. I, 1996, pág. 233

<sup>113</sup> Pese a que la dicción literal de la ley VENTURA-TRAVESET, sostiene que el arrendatario puede ser privado, como el dueño, sólo temporalmente del uso de la vivienda, en cuyo caso el contrato

y ordenándole abandonarlo, decretando su «inmediato lanzamiento». La ejecución de la condena al abandono del inmueble requiere, en caso de resistencia, un lanzamiento del ocupante, sea propietario o inquilino (párrafo quinto del art. 7.2 LPH).

Puede parecer en un principio que en estos casos no estamos ante la ejecución de una prestación de dar sino ante una prestación de hacer (el abandono del inmueble). Sin embargo, en nuestra opinión la condena que como consecuencia de la acción de cesación ordena la salida de los ocupantes (y cuyo cumplimiento forzoso requiere del lanzamiento como medio de ejecución) ordena una conducta que es relevante por ser instrumental de una entrega, de una transferencia posesoria y, por tanto, una dación. La peculiaridad de esta entrega consiste en que la beneficiaria de la misma, su recipiendaria, será la comunidad demandante, es decir, el conjunto de comuneros o vecinos (excepto el vecino incumplidor) y su objeto el inmueble en su conjunto: tanto sus elementos privativos como comunes (excepto el piso privativo del vecino incumplidor). En efecto, lo que obtienen los comuneros con el abandono de su vecino (y la consiguiente garantía de cesación de las actividades que venía realizando), es el uso y disfrute, ahora en plenitud, de su propiedad, tanto en sus parte privativa como en su parte compartida, al quedar libres de ruidos, olores, riesgos y otros menoscabos.

Algunas consecuencias de la anterior conceptualización del abandono: cuando el inquilino es condenado al abandono, no realiza la entrega posesoria del piso o local a su arrendador (el propietario del piso) sino a la Comunidad demandante en su conjunto, por lo que si el propietario del inmueble desalojado tiene interés en la ejecución de la sentencia de desahucio dictada contra su inquilino, puede constituirse como litisconsorte en el proceso de ejecución; la Comunidad podrá ejercitar las pretensiones acumuladas que consienten los arts. 703 y 704 en relación con los elementos comunes del inmueble (abono de los daños causados a los elementos comunes y retirada de bienes muebles introducidos por el inquilino en zonas comunes) en tanto que el propietario lo podrá hacer (en concurrir como litisconsorte) respecto a los elementos privativos.

---

no se resolvería. No obstante, esta situación permitiría al arrendador optar por la resolución del contrato al amparo de las letras d) y e) del art. 27.2 LAU (Ventura-Traveset, A., *Derecho de Propiedad Horizontal*, Barcelona, 2.000, pág. 314).

Si el desalojo procede frente al propietario, GIMENO SENDRA<sup>114</sup>, siguiendo en esto a MARTÍN GRANIZO, entiende que se trata de una condena a dos prestaciones distintas: una de hacer (desocupar el piso o local) y, la otra de no hacer (abstenerse de ocuparlo durante el término judicialmente establecido). Pero en tal caso, la institución no sería una entrega de posesión pues lo relevante no sería la dación sino la acción en sí misma considerada (sucesivamente de hacer y no hacer), en cuanto conductas satisfactivas para la Comunidad. Nosotros creemos que también en este caso se ejecuta mediante el lanzamiento una verdadera prestación de entrega posesoria pues la conducta que se le exige al propietario del piso (hacer, abandono del inmueble, y no hacer, mantenerse fuera del mismo el tiempo que dure la condena) no tiene para los vecinos un valor autónomo, útil en sí (para ello bastaría la cesación de las actividades), sino un valor meramente instrumental respecto a una «puesta en posesión» referida, no a la vivienda que se desaloja (respecto de la cual el propietario desalojado conserva la plena posesión y derecho y que, por consiguiente, podrá enajenar, gravar, arrendar, ceder en precario, etc.) sino a los elementos comunes y a los privativos de los demás vecinos cuya conducta impedía un uso y disfrute plenos y que, desalojado el perturbador, recobran su plenitud<sup>115</sup>. La medida opera, por consiguiente, como una suerte de interdicto de retener la posesión con el que los vecinos recuperan la posesión plena de sus propiedades privativas y comunes, que venían siendo inquietadas por su convecino.

---

<sup>114</sup> GIMENO SENDRA, Vicente, «Los procedimientos de la Ley de Propiedad Horizontal», en *Derecho Procesal, tomo I (Vol II), Proceso Civil (2)*, 6.ª ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1992. págs. 272 y 273.

<sup>115</sup> En este sentido, ya la EXPOSICIÓN DE MOTIVOS de la Ley de alude específicamente a las relaciones de vecindad y, por consiguiente, lo considera materia propia de los límites del derecho de propiedad entre aquel del vecino al que se desposee y el del resto de propietarios: «Los derechos de disfrute tienden a atribuir a su titular las máximas posibilidades de utilización, con el límite representado tanto por la concurrencia de los derechos de igual clase de los demás cuanto por el interés general, que se encarna en la conservación del edificio y en la subsistencia del régimen de propiedad horizontal, que requiere una base material y objetiva. Por lo mismo, íntimamente unidos a los derechos de disfrute, aparecen los deberes de igual naturaleza. Se ha tratado de configurarlos como criterios inspirados en las relaciones de vecindad, procurando dictar unas normas dirigidas a asegurar que el ejercicio del derecho propio no se traduzca en perjuicio del ajeno ni en menoscabo del conjunto, para así dejar establecidas las bases de una convivencia normal y pacífica»; Por otra parte, la STC 301/1993, de 21 de octubre que declaró la compatibilidad de la norma (entonces el art.19 LPH) con el art. 19. 3 de la CE (libre elección de residencia), apuntaba la naturaleza patrimonial (no personal) de las medidas en el previstas al afirmar que «el artículo cuestionado se refiere a un tipo de propiedad, el de la propiedad horizontal, en el que la necesidad de compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos, justifica, sin duda, la fijación, legal o estatutaria, de específicas restricciones o límites a los derechos de uso y disfrute de los inmuebles por parte de sus respectivos titulares [...]» (FJ 3.º).

Por lo expuesto, hay que considerar que el propietario es desalojado de la propiedad horizontal y no solo del piso o local de que es titular privativo: incumpliría la sentencia arrendando (para sí) un piso o local en el mismo inmueble. Al igual que en el caso de desalojo del inquilino la Comunidad podrá reclamar del propietario y en el mismo proceso de desahucio el abono de los daños causados en elementos comunes (a cuyo efecto podrá efectuarse el embargo de garantía que prevé el art. 700 LEC) así como la retirada de los bienes muebles en ellos depositados por el propietario desalojado. En cuanto a la obligación de no regresar durante el tiempo señalado en la sentencia<sup>116</sup> es una obligación de no hacer también instrumental de la de entrega, coercible, en caso de incumplimiento, mediante las multas coercitivas correspondientes.

Se ha afirmado que la sentencia de cesación afecta únicamente al titular del inmueble pero no a sus familiares<sup>117</sup> (a diferencia de la condena a los inquilinos<sup>118</sup>) atendido su «carácter personal». Sin embargo, la LPH no impone al propietario ocupante una sanción personal (cuya naturaleza sería ajena al ámbito civil). La privación, antes que a castigar al demandado (sin entrar ahora en los fines de tal castigo: prevención general o especial, retribución, reeducación...) pretende satisfacer a los demandantes, aspirando a recuperar para los vecinos la posesión plena de la propiedad horizontal menguada por las conductas ilícitas y hacerlo con la estabilidad que proporciona el plazo señalado para el no regreso. La pérdida posesoria del demandado equivale a la puesta en posesión de la comunidad.

Ahora bien, tal como hemos sostenido (*vid. supra*, § 2.6) el alcance de las conductas de entrega posesoria depende de la modalidad de posesión que se debe transmitir y, en este sentido, no podemos olvidar que la posesión que se entrega a la

---

<sup>116</sup> ORTELLS RAMOS considera necesario que la sentencia prevea este efecto jurídico, que, «en una ejecución por obligaciones de no hacer, tiene una utilidad preventiva de infracciones futuras» (Ortells Ramos, Manuel, *La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, La Ley, Madrid, 2005, pág. 53).

<sup>117</sup> En este sentido, la STC de 8 de marzo de 1999 afirmó que, siendo la sanción civil de carácter personal, la privación debía ser exclusivamente de la persona que producía la perturbación y no de su esposa.

<sup>118</sup> Como afirma BALLARÍN HERNÁNDEZ, la sentencia que declara la extinción definitiva de derechos sobre el inmueble del ocupante no propietario afecta también a quienes con él convivían puesto que desaparecerá la titularidad que fundamentaba la ocupación de todos ellos (Ballarín Hernández, R., en AA. VV. (coord. Cuadrado Iglesias, M.), *Comentarios a la Ley de Reforma de la Propiedad Horizontal. Ley 8/1999, de 6 de abril*, Madrid, 2000, pág. 270).

comunidad con el abandono del inmueble por su titular es la del inmueble en régimen de propiedad horizontal en su conjunto (quizá con la exclusión, precisamente, del inmueble que se abandona) pues son sus elementos comunes y privativos los que quieren recuperar los vecinos su pleno disfrute. Será, por consiguiente, la naturaleza de la actividad ilícita (la conducta perturbadora de la posesión de la comunidad) la que determine el alcance del abandono impuesto. Si basta con la salida del demandado para satisfacer a la Comunidad de propietarios: pues fue la conducta personal del demandado, que puede distinguirse de la del resto de ocupantes, la que fue considerada ilícita la entrega debida se concreta en su abandono del inmueble y no habrá razón para la salida del resto de ocupantes pues la entrega posesoria es perfecta sin ella. En cambio, cuando la conducta satisfactoria para la Comunidad requiera la salida de todos los ocupantes del inmueble (pues todos —o un grupo indeterminado de ellos— participaban en la actividad ilícita: el demandado alojaba en su casa a ciertas personas precisamente con la finalidad de participar en dicha actividad), bastará con demandar al titular del inmueble pues todos los que de él dependen en su posesión (posesión subordinada del precarista, de los menores sujetos a la patria potestad, por ejemplo), deben seguir su suerte —según el art. 704.2 LEC— si ello es necesario. En cambio, no parece admisible que se desaloje a terceros (no demandados ni condenados), coposeedores del ejecutado, a quienes corresponda una titularidad autónoma respecto al sujeto demandado (típicamente la cotitularidad del cónyuge). Para determinar la realidad de la titularidad alegada y su alcance frente a la ejecución deberá acudir al incidente de intervención previsto en el art. 704.2 LEC.

#### 5.º Lanzamiento como fase de los procesos de ejecución de sentencias matrimoniales

Tanto las sentencias dictadas en procesos matrimoniales (art. 774.4 LEC y arts. 90, 91 y 106 CC)<sup>119</sup> como los autos que adoptan medidas provisionales con ocasión de

---

<sup>119</sup> Las medidas pueden provenir bien de un acuerdo entre las partes que incluya la regulación del uso de la vivienda familiar —art. 90, párrafo I, letra c) CC—, acuerdo aprobado por el juez y ejecutable «en vía de apremio» —art. 90 párrafo II CC— (debe entenderse que la vía de apremio respecto al uso de la vivienda equivale al lanzamiento), bien de una decisión judicial en defecto o sustitución de aquél acuerdo —art. 91 CC—; en este último caso el art. 96 condiciona el contenido

tales procesos (con carácter previo a la admisión de la demanda —arts. 771.2.II y 772 LEC y art. 104 CC— o con posterioridad a dicha admisión —art. 773.2 LEC y arts. 103.2 CC y 91 CC)<sup>120</sup> pueden resolver sobre la atribución de la vivienda familiar a uno de los cónyuges<sup>121</sup>. La atribución de la vivienda familiar debe interpretarse como una atribución en exclusiva de la posesión y, por consiguiente, el cónyuge condenado tiene la obligación de entregarla con abandono del inmueble, medida que se ejecutará, de ser solicitada, mediante el lanzamiento<sup>122</sup>. En tal sentido, el art. 776 LEC establece que los pronunciamientos sobre medidas (provisionales y definitivas) adoptadas en juicios matrimoniales «se ejecutarán con arreglo a lo dispuesto en el Libro Tercero de esta Ley» lo que reclama directamente las normas reguladoras del lanzamiento<sup>123</sup>. Se puede dudar, en un plano

---

de la resolución sobre el uso de la vivienda.

<sup>120</sup> También en este caso las medidas aprobadas por el juez pueden ser las acordadas por los cónyuges de mutuo acuerdo o las que el tribunal estime oportuno en sustitución de las mismas; vid. ORTELLS RAMOS, Manuel, *La ejecución de condenas no dinerarias en la ley de enjuiciamiento civil*, La Ley, Madrid, 2005, pág. 95.

<sup>121</sup> Según MONTERO AROCA, «[...] el pronunciamiento atinente a la vivienda es de los necesarios en las sentencias matrimoniales cuando existen hijos menores, por lo que el pronunciamiento debe efectuarse aun en el caso de que no se hubiere efectuado petición. La decisión sobre la vivienda familiar en el caso del párrafo I del artículo 96 es de aquellas a las que se refiere el artículo 91, de las que han de existir necesariamente, aunque no exista petición de parte. Partiendo siempre de la existencia de hijos menores o incapacitados, se entiende comunes de los dos cónyuges, la atribución del uso de la vivienda y de los objetos de uso ordinario tiene carácter automático (siempre que no exista acuerdo o que éste no sea homologado) [...]» (Montero Aroca, Juan, «Atribución del uso de la vivienda. El acuerdo de los cónyuges y la decisión judicial: criterios (§1228)» en *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales (la aplicación práctica del art. 96 del Código Civil)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, edición digital).

<sup>122</sup> ORTELLS RAMOS cita el auto de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2.ª) de 7 marzo 2002, que refleja la influencia de las medidas personales sobre la atribución de vivienda (determinante del deber de entrega y consiguiente lanzamiento): «la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores y al progenitor al que se atribuya la guarda y custodia de los mismos ex art. 96 del Código civil se hace con carácter exclusivo, y excluyente de la posibilidad de uso por el otro cónyuge, que, lógicamente, deberá abandonarla, por lo que debe entenderse que dicha medida lleva implícita la necesidad de que el cónyuge al que no se atribuya dicho uso abandone la vivienda, y, por tanto, el lanzamiento para el supuesto de que no lo haga voluntariamente. Sólo de esta manera puede garantizarse, en base al título ejecutivo, que una convivencia que ha quedado rota, y que resulta, por supuesto, conflictiva, siga generando conflictos entre los ex-cónyuges, y entre éstos y sus hijos.» (ORTELLS RAMOS, pág. 152)

<sup>123</sup> LÓPEZ-MUÑIZ entiende que «cuando se trata de ejecutar una sentencia matrimonial, en que existen cuestiones muy diferentes, la ejecución pudiera solicitarse de forma independiente, para dar así lugar, en su caso, a las distintas piezas separadas, como podrían ser a) la de desarrollo del régimen de visitas; b) la de, en su caso, determinación de la cuantía de la pensión compensatoria o de alimentos y, siempre su percepción, actualización, etc.; c) e incluso lo relativo a la vivienda; y d) desde luego, la liquidación de la sociedad económica conyugal» (López-Muñiz Goñi, Miguel, *La ejecución de sentencias*

estrictamente técnico, si el abandono de vivienda por uno de los cónyuges es una dación o transmisión posesoria, ya que la vivienda, al ser vivienda familiar y compartida estará en poder del cónyuge que solicita la medida y, por consiguiente, más que ante una entrega de la posesión parecería que estuviéramos ante una prestación de hacer (consistente en el abandono de la vivienda por el cónyuge no adjudicatario). Esta conclusión podría llevarse al extremo de exigir el cumplimiento del deber de abandono a través de las medidas propias de un hacer personalísimo (es decir, mediante el empleo de multas coercitivas) en los términos previstos en el art. 706 LEC, como en algún caso se ha sostenido<sup>124</sup>. Sin embargo, debe notarse que la conducta en que consiste el abandono de la vivienda (y la coerción en que consiste su realización sustitutiva por el tribunal) es una conducta relevante con relación al inmueble y no valiosa en sí misma, es decir, no es una medida de alejamiento: el cónyuge no adjudicatario podría arrendar o adquirir una vivienda en el mismo edificio que su familia sin vulnerar la sentencia. La medida de alejamiento, de ser necesaria, se adoptará por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer en el marco de un proceso penal (en cuyo caso ese juzgado será también competente para el desalojo, al prorrogar su jurisdicción al juicio de separación o divorcio). Por otra parte, puede entenderse mejor el sentido de esta dación o entrega posesoria si se observa que el cónyuge adjudicatario consolida con el lanzamiento una posesión que antes era una compartida: si antes de la medida ostentaba una posesión conjunta con su cónyuge (o ex-cónyuge) expulsado, situación de coposesión en la que cada uno de ellos ejercitaba su poder sobre la cosa entera, tras la adopción de la medida uno de los cónyuges adquiere una posesión exclusiva que antes no tenía mientras que el otro se ve privado de toda ella. En este sentido, no bastará para cumplir la sentencia con la salida del inmueble del cónyuge no adjudicatario, debiendo además hacer entrega de llaves u otros dispositivos de acceso a la vivienda e incumplirá su obligación si pretendiese ejercer su poder sobre

---

*en materia matrimonial*, Colex, Madrid, 1997, pág. 37).

<sup>124</sup> En este sentido, MARIMÓN DURÁ, quien afirma que «[...] si es familiar, ya la está poseyendo el cónyuge que solicita la ejecución. Se trata, en definitiva, de una obligación de hacer, abandonar el domicilio familiar, cuyo cauce procesal adecuado será el establecido en el artículo 705» (MARIMÓN DURÁ, «Procesos matrimoniales: ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas», en AA.VV., *El Proceso Civil*, Tomo VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, edición digital). En contra de las multas coercitivas y partidario del lanzamiento en estos casos se muestran MONTERO AROCA y FLORS MATÍES (*Tratado del proceso de ejecución civil*, tomo II, pág. 1979).



el inmueble accediendo al mismo mediante el uso de copias de las llaves, etc. El recurso a las multas coercitivas, tal como hemos expuesto, es posible también en estos casos en cuanto lo permite la amplitud de medios de ejecución de obligaciones de dar contemplado en el art. 703.1 LEC; pero sin desplazar, cuando sea el medio más apropiado, la coerción directa (mediante privación de la libertad ambulatoria y el desplazamiento locativo del ocupante usando, de ser necesaria, la *vis ablativa*)<sup>125</sup>.

La medida de lanzamiento, sin embargo, tiene que armonizarse en estos procesos en materia de nulidad, separación y divorcio con otras medidas propias de la relación jurídica más compleja en la que están insertas. Aunque la atribución de vivienda tiene naturaleza patrimonial, es, a su vez, instrumental de otras medidas impuestas por la sentencia y destinadas a regular las relaciones personales, de convivencia entre los cónyuges y de éstos con los hijos (vid. art. 96 CC). Por ello, pese a que el art. 776 LEC no señale especialidades para el lanzamiento consideramos que el principio de proporcionalidad permite reducir o ampliar el plazo de un mes (prorrogable) que el art. 704.1 LEC otorga para el desalojo al ocupante de vivienda habitual en aquellos casos en que se hayan acordado medidas reguladoras de la convivencia, debiéndose estar al alcance de tales medidas para restringir o ampliar el plazo para el lanzamiento. En este sentido, el art. 94 CC ya prevé que las visitas a los hijos puedan restringirse «si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen». La adopción de una medida cautelar penal de alejamiento u orden de protección permitiría, sin más, ejecutar la orden de abandono forzoso anticipado sin respetar los plazos otorgados por el art. 704.1 LEC al ocupante de vivienda habitual<sup>126</sup>.

---

<sup>125</sup> Vid. Supra § 2.8

<sup>126</sup> ORTELLS considera que el régimen del art. 704.1 LEC no distingue en virtud de la causa o razón jurídica del abandono, por lo que el plazo en él señalado debe respetarse siempre que se desaloje una vivienda habitual (Ortells Ramos, Manuel, pág. 158). Menos explícitamente, pero de la misma opinión MORENO CATENA, Victor, *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo IV. *La ejecución forzosa*, tecnos; Madrid, 2000, pág. 146.

El art. L-412.8 del *Code des procédures civiles d'exécution* suprime toda posible prórroga (otorgada por diversas razones, entre ellas la falta de alojamiento alternativo o el mal tiempo atmosférico) en los supuestos en que el desalojo sea ordenado por el Juez con fundamento en el art. 515.9 del *Code civil* (orden de protección de emergencia ordenada por el Juez de familia en caso de cónyuge o pareja violenta).

Las medidas acumuladas al lanzamiento, reguladas en el art. 703 LEC no serán de aplicación en el caso que ahora nos ocupa pues el supuesto de hecho del que parten (la liquidación de una situación posesoria) no concurre en este caso, al tener ambos cónyuges la posesión (compartida) de la vivienda antes del lanzamiento. Por ello, ni los deterioros constatados podrán ser imputables exclusivamente al cónyuge que abandona la vivienda (dado que ambos la ocupaban), ni las mejoras a la autoría del que la abandona. En cuanto a la posibilidad o deber de retirada de bienes muebles, hay que recordar que la sentencia o auto que acuerda las medidas debe pronunciarse expresamente sobre el destino del ajuar familiar (art. 103.2 CC y art. 771.2.II LEC). No obstante, atribuido parte del ajuar al cónyuge que abandona el inmueble y para el caso de que dilatare su retirada podrá aplicarse la norma contenida en el párrafo segundo del art. 703.1 LEC, advirtiéndole que no de retirarlas en el plazo que le otorgue el secretario judicial se tendrán por abandonadas, pudiendo adquirirlas por ocupación el cónyuge adjudicatario del inmueble.

Por último, los pronunciamientos relativos a la vivienda familiar son ejecutables con independencia de la firmeza de la sentencia de separación, nulidad o divorcio pues, según el art. 774.5 LEC, la interposición de recursos no suspende la eficacia de lo acordado en ella sobre esta materia. Esta conclusión parece contradecir lo dispuesto en el art. 525.1 LEC que excluye de ejecución provisional «las sentencias dictadas en los procesos sobre [...] nulidad, separación o divorcio [...] salvo los pronunciamientos que regulen obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso». Pero debe advertirse que, precisamente, la entrega de la vivienda familiar, en cuanto afecta a la posesión de un elemento del patrimonio familiar, pertenece al ámbito de las relaciones patrimoniales entre cónyuges y sólo indirectamente tiene una relevancia personal<sup>127</sup>.

---

<sup>127</sup> En tal sentido, SANZ MORÁN, señala que el criterio mayoritario seguido por las Audiencias ha sido el de admitir con amplitud la ejecutabilidad provisional (Sanz Morán, Alberto, «Cuestiones prácticas sobre los nuevos procedimientos de familia, de incapacidad y de filiación», en AA. VV. (Carranza Cantera, Francisco Javier —coord.—), *Criterios Judiciales de aplicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. 2003-2004*, La Ley, Madrid, 2003, pág. 397).

### 3.3.2. Lanzamiento en procesos de ejecución dineraria.

Los títulos no judiciales ni arbitrales, sólo pueden contener, como prestación derivada directa y expresamente del título, el deber de abono de cantidades de dinero líquidas o liquidables (art. 520 LEC) por lo que, en principio, no darán lugar a actividad alguna de lanzamiento. Sin embargo, las fases de embargo y apremio previstas para la obtención del dinero efectivo que permita hacer el pago al acreedor pueden resultar ineficaces ante la falta de posturas acordes al valor del bien. El acreedor puede entonces optar a que su crédito o parte del mismo sea satisfecho mediante la entrega de los bienes embargados y subastados sin éxito. La entrega así realizada será considerada en pago de la deuda (adjudicación en pago o entrega *pro soluto*: apartados 3 y 4 del art. 670, art. 671 y DA Sexta LEC<sup>128</sup>). Para hacer efectiva dicha entrega puede ser necesario desarrollar una fase de lanzamiento que se inserta de este modo en un proceso de ejecución dineraria.

Por otra parte, los arts. 676 y sigs. LEC permiten al acreedor optar por la adjudicación de los bienes embargados para satisfacer su derecho con los rendimientos que produzcan dichos bienes (entrega en administración o dación *pro solvendo*). Según el art. 676.2 LEC, en estos casos el secretario judicial ordenará «que se ponga al ejecutante en posesión de los bienes». El término «puesta en posesión» puede aludir tanto a la entrega de la posesión de bienes desocupados (como afirmaba el art. 675.1 LEC para la entrega al adquirente de los bienes subastados), de bienes poseídos mediatamente (pudiéndose entonces acudir a la aplicación analógica de las normas propias del expediente de jurisdicción voluntaria regulado en los arts. 2.059 a 2.062 de la LEC) o de bienes ocupados, caso este último en que puede ser necesario acudir al lanzamiento que, como hemos

---

<sup>128</sup> Mediante la DA Sexta, incorporada por la Ley de Medidas de Agilización Procesal, en el caso de las adjudicaciones en pago a las que hacemos referencia, si los inmuebles no constituyen vivienda habitual del deudor y siempre que no hubiere ningún postor, el acreedor podrá pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al cincuenta por ciento de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. Asimismo, en los términos previstos en la mencionada sección y para los citados bienes inmuebles diferentes de la vivienda habitual del deudor, cuando la mejor postura ofrecida sea inferior al 70 por ciento del valor por el que el bien hubiere salido a subasta y el ejecutado no hubiere presentado postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación del inmueble por el 70 por ciento o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior a la mejor postura.

destacado, no supone únicamente acudir a la coerción directa (*desalojo manu militari*), permitiendo otros instrumentos: recordemos a este respecto que el art. 676.3 LEC<sup>129</sup> alude expresamente a las multas coercitivas como instrumento de la entrega posesoria (o de la conservación pacífica de dicha entrega posesoria).

El lanzamiento se inserta en estos casos como fase propia del propio proceso de ejecución dineraria, pues dineraria es la obligación que consigna el título que se ejecuta. Debe notarse que en los dos supuestos analizados (dación en pago y dación para pago), a diferencia del caso anteriormente estudiado (entrega de bienes al adquirente a través del procedimiento de apremio)<sup>130</sup>, los sujetos activos y pasivos en el lanzamiento son los mismos para los que se despacha la ejecución dineraria, también es similar el título ejecutivo que justifica la actividad ejecutiva y, por consiguiente, la acción que se ejercita. Ciertamente, el objeto de la satisfacción experimenta (al menos en el caso de la dación en pago) una novación (dación de cosa en lugar de dación de dinero), pero no cambia en ningún caso el interés que permite medir la satisfacción: un determinado valor monetario (que en algunos casos se satisface con numerario —entrega del producto económico de la subasta—, en otros con el valor de cambio de un bien —el equivalente económico al numerario debido: dación en pago—, en otros, en fin, con los rendimientos dinerarios de dicho bien —la dación para pago—<sup>131</sup>).

---

<sup>129</sup> «El Secretario judicial, a instancia del ejecutante, podrá imponer multas coercitivas al ejecutado que impida o dificulte el ejercicio de las facultades del administrador, sin perjuicio de las demás responsabilidades en que aquél hubiera podido incurrir. Igualmente a instancia del ejecutante, el Tribunal podrá imponer multas coercitivas a los terceros que impiden o dificulten el ejercicio de las facultades del administrador, en cuyo caso se seguirá el procedimiento establecido en los apartados 2 y 3 del artículo 591» (art. 676.3 LEC).

<sup>130</sup> ROBLEDOS VILLAR considera interesante «hacer una distinción entre el adquirente de los bienes realizados, cuando es el mismo acreedor ejecutante quien los recibe, y el adjudicatario ajeno al proceso. La diferencia radica en la finalidad perseguida con la adquisición, ya que el primero se hace con el dominio de forma subsidiaria al objetivo fundamental, que no es otro que lograr ver satisfecha su reclamación o pretensión procesal. Por el contrario, el adjudicatario no acreedor pretende solamente cubrir la oferta de enajenación del órgano judicial y actúa movido por el interés que despierta la futura posesión de los bienes que se licitan. Lo que no impide que el acreedor o ejecutante pueda devenir rematante final del objeto de la subasta, al combinar el motivo principal de su actuación con la adjudicación de los bienes, como una especie de satisfacción de su crédito debido» (Robledo Villar, Antonio, *La subasta judicial: el remate*, Cedecs, Madrid, 1998, pág. 275).

<sup>131</sup> GUASP DELGADO, por su parte, considera que los bienes embargados deben sufrir una operación ulterior que los haga idóneos para la satisfacción a que tiende la ejecución procesal, operación que admite una triple vía: «la utilización del bien en sí, totalmente considerado; o de su valor en cambio; o de

El decreto que resuelve la adjudicación en pago o para pago, puede considerarse todavía un acto de trámite más dentro de la fase de apremio<sup>132</sup>, pero al mismo ya sigue, en caso de ser necesaria, la fase de lanzamiento. Esta fase de lanzamiento, todavía no será la última fase del proceso de ejecución dineraria en los supuestos de dación para pago o *pro solvendo*: la fase de administración del inmueble tiene por fin la obtención de rendimientos que permitan la satisfacción del acreedor, lo que requiere el desarrollo de una actividad procesal específica (gestión del inmueble; rendición de cuentas —art. 678 LEC—; resolución de controversias generadas por la administración —art. 679 LEC—) que termina cuando el ejecutante se haya «hecho pago» de su crédito, intereses y costas, debiéndose entonces devolver los bienes a poder del ejecutado (devolución —art. 680 LEC—). Si el ejecutante no ha conseguido la satisfacción de su derecho por este medio podrá todavía pedir que se ponga fin a la administración y continúe la ejecución forzosa retomando nuevamente los trámites del apremio —art. 680.3 LEC—.

No puede sorprender que un título ejecutivo que originariamente era causa de la actividad procesal de embargo y apremio (fases típicas de la ejecución dineraria) termine originando, una adjudicación en pago o para pago y, como instrumento de ellas, una fase de lanzamiento (fase típica —pero no exclusiva— de ejecución de títulos de condena a la entrega no dineraria), pues, como ya hemos señalado, el elemento que articula y da unidad a cualquier proceso de ejecución es la prestación

---

su valor en uso; dando lugar cada una de estas tres posibilidades a las figuras respectivas de la adjudicación forzosa, la enajenación forzosa y la administración forzosa» (Guasp Delgado, Jaime, *Derecho procesal Civil*. Tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, págs. 440 y 441).

<sup>132</sup> SANTOS REQUENA, afirma que «la adjudicación de bienes al ejecutante que tiene lugar en el transcurso de la fase de la ejecución forzosa que se conoce como *procedimiento de apremio*. Más en concreto, se considera a la llamada *adjudicación en pago* como una de las formas de apremio, o mecanismos por medio de los que se obtiene la satisfacción de la acción ejecutiva» (Santos Requena, A. A., *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio*, 1998, cit., pág. 23). Este autor señala, como característica definitoria de la adjudicación en pago, que es una de las formas de apremio y una forma de enajenación forzosa, afirmando que «la adjudicación de bienes al ejecutante es la forma de apremio establecida para obtener esta efectiva satisfacción en los supuestos en los que el patrimonio responsable no contiene medios de pago, pero sí otra clase de bienes con valor patrimonial que no han podido ser transformados en medios de pago». (*ibidem*, págs. 120 a 126). Sobre la naturaleza de la adjudicación en pago: *pássim* y págs. 36 a 52; 109 y sigs. ALONSO SÁNCHEZ, considera la adjudicación en pago como una «modalidad ejecutiva de pago [...] en el sentido de venir configurada por la ley su actuación procedimental como una vía subsidiaria de ejecución respecto de la principal y ordinaria de la venta en pública subasta, [...] forma subsidiaria de pago abierta al mismo en la ejecución de su crédito y que, en todo caso, implica en sí misma una renuncia al pago de dinero» (Alonso Sánchez, Beatriz, *Las adjudicaciones procesales de bienes en los procedimientos de ejecución*, Edersa, Madrid, 1999).

contemplada en el título ejecutivo, con independencia de que su satisfacción pueda exigir la transformación del deber y prestación originarias en una prestación de distinta naturaleza (a modo de novación objetiva procesal) lo que, a su vez exigirá acudir a medios de ejecución diferentes. Del mismo modo, no sorprende que el título ejecutivo que ampara la entrega de un bien específico (mediante el desarrollo de la fase de puesta en posesión) termine amparando una entrega dineraria (mediante el desarrollo de fases procesales de embargo y apremio) una vez constatada la imposibilidad de su entrega específica y tras desarrollarse la actividad de transformación correspondiente (mediante la fase de liquidación de daños y perjuicios). Estas mutaciones (y otras muchas) de la actividad ejecutiva son propias de un proceso como el de ejecución en que la actividad procesal se debe acomodar a las circunstancias de hecho que en cada caso delimitan las posibilidades de satisfacción<sup>133</sup>.

---

<sup>133</sup> Según SANTOS REQUENA «Lo que en rigor, ocurre cuando una condena se transforma, en ejecución de sentencia, en otro tipo de prestación o en su equivalente pecuniario, es que se ha reconocido palmariamente que la ejecución de esa condena en sus propios términos no ha sido posible. [...] debe existir la posibilidad de discutir detenidamente hasta qué punto una ejecución que concluye con la obtención de un beneficio diverso del reconocido en la sentencia por la que se ejecuta, no es una ejecución distinta de la que se inició; y en qué medida tal diversidad se encuentra justificada [...] la ejecución por sustitución de toda sentencia de condena requiere para su efectividad de unos criterios que establezcan el grado en que se ha de entender admisible una prestación diferente a la inicialmente prevista. La correlación entre la conducta ordenada por la resolución de que se trate y la conducta o prestación realmente verificada vendrá determinada por la ley específicamente o bien se traducirá en el cálculo de una cantidad de dinero que habrá de resarcir al ejecutante por la no satisfacción en sus propios términos, *strictu sensu*, de su derecho [...] la adjudicación de bienes al acreedor ejecutante, [...] por cuanto consiste en la entrega de bienes distintos de dinero (que es lo establecido en la resolución que se ejecuta), parece ser la misma [...] tutela que en el proceso se pretende [...] surge como una solución —quizá la única— al problema, inevitable en todo sistema jurídico, que plantea la imposibilidad de obtener dinero metálico de un ejecutado que, no obstante, posee algún otro elemento patrimonial. [...] Ello nos lleva a afirmar que la adjudicación de bienes del ejecutado al acreedor ejecutante sólo es respetuosa con el derecho fundamental a la ejecución de sentencias en sus propios términos si se prevé y tiene lugar como una forma de ejecución sustitutiva de la entrega de dinero al ejecutante, una vez que se ha constatado la imposibilidad de obtener dicha prestación» (*ibidem*, págs. 67 a 73).



**Delimitación negativa del concepto de lanzamiento**

---

1. Actividad procesal de ejecución vinculada al lanzamiento (439)	
1.1. Transmisión de derechos reales sobre los bienes inmuebles. . . . .	<a href="#">439</a>
1.2. Adecuación al título del Registro de la Propiedad. . . . .	<a href="#">441</a>
1.2.1. Inscripción registral. . . . .	<a href="#">441</a>
1.2.2. Cancelación de cargas, gravámenes o inscripciones. . . . .	<a href="#">445</a>
1.3. Entrega de cosas muebles. . . . .	<a href="#">447</a>
1.4. Prestaciones dinerarias. . . . .	<a href="#">451</a>
2. Actividad procesal de naturaleza cautelar (451)	
3. Actividad procesal de naturaleza declarativa (454)	
3.1. Abono de mejoras, retirada de muebles e indemnización de perjuicios. . . . .	<a href="#">454</a>
3.1.1. Concepto y naturaleza. . . . .	<a href="#">454</a>
3.1.2. Razón de ser de la acumulación. . . . .	<a href="#">459</a>
3.2. Actividad incidental para determinar la legitimación de terceros ocupantes. . . . .	<a href="#">467</a>
3.2.1. Sistemática legal . . . . .	<a href="#">467</a>
3.2.2. Antecedentes. . . . .	<a href="#">471</a>
3.2.3. Ámbito subjetivo. . . . .	<a href="#">477</a>
3.2.4. Trámite informativo: aportación de los títulos. . . . .	<a href="#">489</a>
3.2.5. Incidente declarativo contradictorio. . . . .	<a href="#">499</a>

---

**1. Actividad procesal de ejecución vinculada al lanzamiento**

*1.1. Transmisión de derechos reales sobre los bienes inmuebles*

Como hemos señalado en el capítulo anterior, la prestación de entrega o dación de un bien inmueble al amparo de un título ejecutivo puede referirse tanto a la transmisión de titularidad de un derecho real sobre el mismo como a la transmisión de su posesión mediata o inmediata. Dicho de otro modo, la entrega de la posesión de la cosa inmueble puede ser transmisiva o no transmisiva. En este sentido, el art. 703.1 LEC (bajo la rúbrica «entrega de bienes inmuebles»), distingue la «transmisión» de la «entrega» como contenidos diversos del título, correspondiendo la primera a la titularidad y la segunda a la posesión.

El título ejecutivo puede amparar únicamente la entrega de la titularidad (como ocurre, por ejemplo, si el demandante se halla ya en la posesión del bien: *traditio*



*brevi manu*) o tan solo la entrega de la posesión (cuando nada se ha resuelto sobre la titularidad como es el caso de la ejecución de sentencias de desahucio o la ejecución a consecuencia del ejercicio de acciones posesorias). Ambas formas de entrega pueden superponerse si la entrega del bien se realiza mediante tradición real, consolidándose posesión y propiedad dado que la entrega de la posesión del bien se vuelve traditiva; pero también pueden separarse temporal y formalmente, de tal modo que las actividades de entrega se dividen en actividades de transmisión de titularidad y actividades de entrega posesoria. En este último sentido, la tradición simbólica no exime de la posterior entrega de la posesión (inmediata o mediata) pues su función es, únicamente, facilitar la transmisión de titularidad del derecho real de que se trate y no garantiza por sí misma el goce del inmueble.

Cuando la entrega jurisdiccional de la titularidad de un bien se desarrolla mediante tradición instrumental, se requiere el empleo de medios de ejecución distintos y, habitualmente, previos al lanzamiento. Serán medios de ejecución de carácter sustitutivo o subrogatorio: el tribunal debe proporcionar al demandante la documentación necesaria que le proporcione el instrumento transmisivo acudiendo a medios de sustitución. Si la transmisión del bien se ha realizado a través del procedimiento de apremio (sea en subasta pública o a través de alguno de los medios alternativos de realización de bienes previstos en la LEC) el documento que permitirá la tradición instrumental será el testimonio expedido por el secretario judicial reflejando el decreto de adjudicación y otros datos exigidos por la LEC (el precio y las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria: 642.2, 670.8, 674 LEC). En este caso, la actividad judicial de tradición instrumental forma parte integrante de la enajenación judicial del inmueble, es decir, parte integrante de la ejecución dineraria, ya que perfecciona la enajenación judicial: de no producirse la tradición instrumental a la que nos referimos, se podrá entender que la adjudicación no es válida y el procedimiento de apremio no habrá alcanzado su objetivo (art. 653 LEC). En cambio, cuando la transmisión es exigida directamente por la sentencia de condena (prestación de dar cosa determinada) corresponde al tribunal, en el proceso de ejecución de dicha sentencia, la emisión de la documentación necesaria

para la tradición instrumental —pudiéndose emplear para ello los medios de ejecución previstos para la emisión de una declaración de voluntad en sustitución del demandado (art. 708 LEC que pasa entonces a formar parte del proceso de ejecución no dineraria en el marco del art. art. 703.1 LEC)—, aunque normalmente será bastante la inscripción de la sentencia en el Registro de la Propiedad (*vid. infra.*).

La anterior distinción entre transmisión y entrega posesoria no significa que la transmisión que precede a la entrega posesoria (y por tanto al lanzamiento) sea irrelevante para el mismo, sobre todo ante la presencia de terceros cuyo título o razón jurídica para permanecer en el inmueble debe ser contrastada con la posición jurídica del demandante. La posición del demandante puede ampararse no sólo en el título ejecutivo sino también en la adquisición de un derecho real con base en él, mediante tradición instrumental y su inscripción registral, como veremos inmediatamente.

### *1.2. Adecuación al título del Registro de la Propiedad*

La tradición simbólica–instrumental permite el acceso de la transmisión al Registro de la Propiedad lo que consolida la posición jurídica del nuevo titular incluso de cara al ulterior lanzamiento. La eficacia de la inscripción registral para la ulterior satisfacción posesoria explica que el art. 703.1 LEC se ocupe, en su párrafo primero, después de regular la tradición pero antes de ocuparse del lanzamiento, de la titulación y la regularización de la situación registral del inmueble.

#### *1.2.1. Inscripción registral.*

El art. 703.1 LEC establece que el tribunal, además de ordenar «lo que proceda» para la entrega de la posesión material del bien o para su tradición (transmisión de titularidad), se ha de ocupar de disponer «lo necesario para adecuar el Registro

al título ejecutivo»<sup>134</sup>. Por su parte, el art. 674 LEC para el caso de los bienes adquiridos mediante el procedimiento de apremio (bajo la rúbrica: «Inscripción de la adquisición: título. Cancelación de cargas»), regula no sólo la expedición del ya citado testimonio del secretario que servirá de modo transmisivo del derecho real correspondiente, sino también su inscripción a favor del adquirente (674.1 LEC); en el mismo sentido se pronuncia el art. 134 LH. La adecuación del Registro a la titularidad que se deriva del título ejecutivo puede realizarse también a partir de la sentencia o resolución judicial que declara la existencia del derecho que se inscribe. En este sentido, el art. 198 RH establece que la ejecutoria es título bastante para practicar la inscripción.

Como hemos señalado, existe una estrecha relación entre las actividades de adecuación del Registro a la titularidad que refleja título ejecutivo (inscripción y, en su caso, cancelación de cargas) y la entrega posesoria de los bienes a los que se refieren (y para la cual se puede disponer el lanzamiento, objeto de nuestro estudio): la primera actividad favorece la segunda en aquellos casos en que el inmueble se halle ocupado por terceros (sujetos distintos y no dependientes del demandado). En efecto, la presencia en el inmueble de un tercero alegando una causa o razón jurídica justificativa de su permanencia<sup>135</sup> impedirá, en principio, el lanzamiento, al no poderse extender a terceros la eficacia de un título ganado únicamente frente al deudor (arts. 222 y 538 LEC); exigencias constitucionales derivadas del derecho de defensa avalan esta conclusión: el tercero no participó en el proceso precedente. El acreedor, en principio, debería demostrar su derecho a la entrega frente al tercero ocupante en un juicio declarativo posterior. Sin embargo, la LEC ha permitido que se amplíe también a dicho tercero la obligación de entrega del inmueble (extendiendo a él la prestación de entrega y convirtiéndolo así en sujeto pasivo de la ejecución) si del título ejecutivo aportado por el demandante se deriva para él un mejor derecho a poseer frente al ocupante,

---

<sup>134</sup> PÉREZ DEL BLANCO entiende que la realización de las anotaciones registrales pertinentes al inmueble es «la primera y más necesaria medida» en la ejecución de condenas a entregar cosa inmueble. (Pérez del Blanco, Gilberto, *La ejecución no dineraria en la nueva LEC*, Universidad de León, 2001, págs. 137 y 138).

<sup>135</sup> Y no una mera desobediencia a cooperar con el tribunal como sería el caso de vecinos, familiares u otras personas que por razones de solidaridad o ideológicas pretenden impedir o resistir el lanzamiento sin alegar título alguno o, incluso, sosteniendo paladinamente su falta de título.

aunque este pueda esgrimir y acreditar ante el tribunal de la ejecución algún título posesorio. Es decir, el ocupante puede disponer de un título o causa jurídica de la que el ordenamiento derive cierta protección posesoria, pero dicha causa, aun probada, no puede afectar al demandante si dispone de un mejor derecho a poseer derivado de un título jurídico. Para garantizar el derecho de defensa del tercero la LEC establece un incidente previsto en los arts. 704.2 y 675.1 LEC (regulado en los apartados 2 a 4 de este último). Con tal incidente se pretende, por una parte, que el ocupante pueda dar a conocer y acreditar el título o causa jurídica en que ampara su posesión y, por otra, que, con todas las garantías del contradictorio, se pueda contrastar dicho título con la causa jurídica con que el demandante procede a la ejecución (su título ejecutivo), determinando a quien ampara un mejor derecho a poseer. La causa o razón jurídica (título) que justifica la toma de posesión del acreedor demandante sólo puede ampararse en el título ejecutivo (interpretado, en su caso, conforme a sus antecedentes —en su caso, el juicio declarativo— que lo producen) sin que el incidente que analizamos permita practicar nuevas pruebas respecto a su derecho o alegar *ex novo* un derecho distinto. La función del incidente no es, por tanto, desarrollar por vía incidental una cognición plena sobre la realidad o alcance del derecho que forma la base del *ius possidendi* del demandante sino favorecer una cognición limitada dirigida a determinar el alcance de tal *ius possidendi*, avalado por el título ejecutivo que fundamenta el proceso, puede sobreponerse al mero *ius possessionis* de un ocupante sin título o, en su caso, al correlativo derecho a poseer que pueda amparar a un ocupante con título (debate sobre la suficiencia del título). Se trata, en definitiva, de evitar un segundo juicio cuando del mero contraste entre el título ejecutivo de que dispone el acreedor y el título o causa jurídica que invoque el ocupante resulta jurídicamente, se puede determinar quien tiene mejor derecho a poseer.

En el anterior incidente influirá la adecuación del Registro de la Propiedad al título ejecutivo (como fase del proceso de ejecución forzosa no dineraria iniciada con fundamento en el título) por cuanto la inscripción determinará, conforme al art. 38 de la Ley Hipotecaria<sup>136</sup>, que el acreedor ejecutante, merced

---

<sup>136</sup> Según el art. 38.1 de la LH «a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los bienes inmuebles

a la protección registral que obtiene<sup>137</sup>, sea tenido ya *erga omnes* (y por tanto también frente a terceros ocupantes) como titular de los derechos reales que inscribe en la forma determinada por el asiento respectivo y también como poseedor de los citados derechos. De este modo, el tercero que ocupe el inmueble cuyo desalojo se solicita tendrá la carga de alegar y probar la existencia de un título del que se derive un mejor derecho a poseer frente al amparado por la presunción registral<sup>138</sup>, sin que le sea dado, en el contexto del incidente, hacer prueba en contrario de dicha presunción, lo que requeriría, en todo caso, la impugnación del asiento registral correspondiente, lo que no tiene cabida en el incidente.

---

o derechos reales tiene la posesión de los mismos».

<sup>137</sup> En este sentido, FERNÁNDEZ GREGORACI señala que «en el ámbito inmobiliario [...] la legitimación registral prevalece sobre la legitimación posesoria que, por tanto, pierde todo su valor cuando existe una inscripción en el Registro de la propiedad» (Fernández Gregoraci, Beatriz, *Legitimación posesoria y legitimación registral*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, pág. 85).

<sup>138</sup> Cuestión que exigirá un análisis casuístico con especial atención a la posición del cónyuge del ejecutado, sobre todo en supuestos de crisis conyugal, así como de la posición del arrendatario en los procesos de ejecución hipotecaria. Vid., entre otros, ALONSO PÉREZ, Mariano, «comentario al art. 29 LAU», en AA. VV. (Lasarte Álvarez, Carlos, coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Tecnos, Madrid, 1996; MARTÍN DIZ, Fernando, «Intervención y eventual desalojo de los ocupantes en la ejecución judicial de bienes inmuebles. Novedades de la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil», *La Ley*, núm. 5147 (25 sept. 2000), págs. 1 a 7; LLOPIS GINER, «La vivienda familiar: su protección registral», en AA. VV. (Clemente Meoro, Marios, Enrique, coord.), *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en Homenaje al Profesor Celestino Cano Tello*, Tirant lo Blach, Valencia, 2002; MONTERO AROCA, Juan, *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales (la aplicación práctica del art. 96 del Código Civil)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002; FAUS, Manuel, «Atribución a un cónyuge del uso de la vivienda común y Registro de la Propiedad», *Breviario civil. 4: Derecho de familia* (2004), Vlex, (edición digital); CARRASCO PERERA, Ángel, «Artículo 15. Separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario», en AA. VV., Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2005, págs. 353 a 367; ACHÓN BRUÑÉN, María José, «La problemática relativa al desalojo de terceros ocupantes de inmuebles subastados», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 681 (enero-febrero de 2004), págs. 11 a 52; ACHÓN BRUÑÉN, María José, «Los problemas del cónyuge del ejecutado para defender sus intereses en los procesos de ejecución en que resultan embargados bienes gananciales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 687 (enero-febrero de 2005), págs. 133 a 180; ACHÓN BRUÑÉN, María José, «Mecanismos de defensa en el proceso de ejecución del consorte, ex cónyuge o conviviente more uxorio del ejecutado», *Diario La-Ley*, número 6573 (jueves 19 de octubre de 2006); MARÍN LÓPEZ, Juan José, «Artículo 14. Enajenación de la vivienda arrendada», en AA. VV. (Bercovitz, Rodríguez-Cano, Rafael, coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, 4.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Pamplona, 2005, págs. 337 a 352 (actualización para la cuarta edición a cargo de Colás Escandón, Ana); MORENO VELASCO, Víctor, «La problemática derivada de la atribución del uso de la vivienda familiar cedida por el propietario a los cónyuges a título gratuito», *Diario La Ley*, n.º 6503 (31 junio 2006); PÉREZ GURREA, Rosana, «Análisis jurisprudencial de los efectos que produce la ejecución hipotecaria sobre los arrendamientos posteriores a su constitución», *RCDI*, núm. 695, mayo-junio, 2006; BALLARÍN HERNÁNDEZ, Rafael, «Capítulo VII: enajenación y subarriendo (comentario al art. 22.1)», en AA.VV., Ballarín Hernández, Rafael y Mas Badía, M.<sup>a</sup> Dolores (dirs.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre)*, Tecnos, Madrid, 2006., págs. 411 a 450.

Con más razón, será esencial la adecuación al Registro en aquéllos casos en que la sentencia otorga al ejecutante un derecho real sobre el inmueble objeto del litigio pero la demanda no ha sido objeto de anotación preventiva lo que hace posible que el demandado venda a un tercero de buena fe que quedaría protegido ex art. 34 LH<sup>139</sup>.

### *1.2.2. Cancelación de cargas, gravámenes o inscripciones.*

Una consecuencia parecida a la expuesta proviene de la cancelación de las inscripciones registrales que fueran contrarias a título ejecutivo y que quedan amparadas, con carácter general, por los arts. 674.2 II y 703.1 LEC; 134 LH y 175 y 198 RH. El art. 703.1 LEC contempla la adecuación del Registro al título ejecutivo que contemple la transmisión o entrega de un bien inmueble, sin más distinciones, siendo el artículo básico en la materia. El art. 674.2 LEC, en su párrafo segundo, y los arts. 134 LH y 175 RH contemplan la adecuación del Registro al contenido del título transmisivo de bienes inmuebles obtenido en un procedimiento de apremio (consistente, como hemos señalado, en el testimonio expedido por el secretario comprensivo del decreto de adjudicación y de los demás actos de perfección y consumación de la enajenación), mediante la cancelación de aquellas cargas que se ejecutan con la enajenación (la «anotación o inscripción del gravamen que haya originado el remate o la adjudicación» según el art. 674.2. I LEC; «la hipoteca» según el art. 134 I LH y la anotación de embargo según la regla 2.<sup>a</sup> del art. 175.2.<sup>a</sup> RH<sup>140</sup>) y de las cargas, gravámenes o inscripciones

---

<sup>139</sup> Sobre la consideración del adquirente de los bienes subastados como tercero hipotecario una vez inscribe su adquisición en el registro se muestra crítico ALVAREZ CAPIROCHIPÍ, José Antonio, «Los límites a la eficacia de la inscripción del remate (Crítica de la doctrina jurisprudencial iniciada por la STS de 5 de marzo de 2007)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 721, 2010, págs. 2045 a 2077; frente a esta postural, muy críticamente GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, Crítica la tesis procesalista de la adquisición derivada de la ejecución de un embargo, doctrina obsoleta y superada (en defensa de la doctrina jurisprudencial consagrada en la STS de 5 de marzo de 2007)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, enero-febrero 2011, págs. 11 a 30.

<sup>140</sup> Esta norma fue redactada en los términos del Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre, por el que se modificaban determinados artículos del Reglamento Hipotecario y del Reglamento Notarial. Para SAGRARIO ARROYO el art. 175.2 del RH, «tras la reforma de 1992 sigue el criterio de rigurosa “prioridad registral”, basado en el aspecto sustantivo en el artículo 1927.2 CC» (págs. 2168 y 2169); en el mismo sentido ALFINT MASSOT quien añade que tal cancelación lo será «[...] sin perjuicio del juego de las preferencias vía art. 1923.4 CC si previamente se ha entablado la

posteriores al gravamen, hipoteca o embargo que se ejecuta. Finalmente, el art. 198 RH contempla la adecuación del Registro a las sentencias firmes que estiman la demanda que hubiera sido anotada preventivamente, ordenando la cancelación de aquellas anotaciones, inscripciones y gravámenes posteriores a la misma, basadas en títulos también posteriores que fueran contrarias o limitativas del derecho que se inscribe.

La cancelación se realizará siempre sobre la base del mandamiento de cancelación de cargas que para poder inscribir el título adquisitivo viene exigido por el art. 674.2 LEC y por el párrafo primero del art. 133 LH (aunque título y mandamiento podrán constar en un único documento). El art. 198 RH atribuye el mandato de cancelación a la propia sentencia dictada en respuesta a la demanda cuya anotación preventiva otorga la prioridad registral.

La cancelación referida será imprescindible para el desalojo del ocupante del inmueble si éste ampara su posesión en alguna de aquellas inscripciones<sup>141</sup>. A este respecto, se ha puesto en cuestión la posibilidad de cancelación de

---

correspondiente tercería [de dominio]» (vid. Alfint Massot, José María, «Registro de la propiedad y vía de apremio», en Pereda Gámez, Francisco Javier (dir.), *Ejecución de sentencias civiles (II). La vía de apremio*, Madrid, CGPJ, 1997, pág. 344).

<sup>141</sup> Las variadas situaciones susceptibles de ser analizadas y resueltas al amparo de las normas citadas requieren, sin duda, un análisis singularizado que nos aparta, sin embargo, del lanzamiento como tema principal de nuestro trabajo. Nos contentamos, en este momento, con señalar, por una parte, la relevancia que para el éxito del lanzamiento puede tener la inscripción registral del derecho del demandante y la previa cancelación de cargas, y, por otra parte, el distinto ámbito conceptual (pese a sus conexiones) entre la cancelación y el lanzamiento. Vid. RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *La anotación preventiva de demanda*, Librería Bosch, Barcelona, 1980; GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, «La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 659, mayo-junio de 2000, págs. 1875 y sigs.; MORALMORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles*, 2000, cit.; SALINAS MOLINA, «Subasta de bienes inmuebles: inscripción de la adquisición y cancelación de cargas», *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2001 (edición digital); DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, *La Ejecución Forzosa sobre Inmuebles en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Aspectos civiles y registrales)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001; NADAL GÓMEZ, *La transmisión a terceros de bienes inmuebles en el proceso de ejecución*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001; ORTELLS RAMOS, M, «Ejecución de prestaciones no dinerarias», 2003, cit., págs. 305 a 357; ACHÓN BRUNÉN, María José, *La oposición en los procesos de ejecución de sentencias civiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; ÁLVAREZ, José Antonio, «La cancelación de cargas por mandamiento judicial en la ejecución de bienes inmuebles», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 672-2002, págs. 1485 a 1510.

inscripciones practicadas con posterioridad a la anotación preventiva de demanda pero con base en títulos anteriores a ella. Tal situación registral consiente un incidente específico a desarrollar en la fase de ejecución de sentencia para determinar la posibilidad de cancelación de las inscripciones en cuestión (sobre cuya base el tercero amparara su ocupación y de cuya cancelación, por consiguiente, depende la posibilidad de su desalojo o permanencia). Tal incidente está regulado en el párrafo cuarto del art. 198 RH, según el cual «[...] será preciso que, en ejecución de la sentencia, el demandante pida la cancelación de tales asientos, y el Juez podrá decretarla, previa citación de los titulares de los mismos, conforme a los artículos 262 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si dichos titulares no se opusieron a la pretensión del ejecutante en un plazo de treinta días. Cuando hicieren constar en el Juzgado su oposición, se seguirá el juicio por los trámites de los incidentes, y no se cancelará la anotación de demanda en tanto no recaiga resolución judicial firme»<sup>142</sup>. Sólo producida la cancelación podrá procederse al lanzamiento del ocupante que habrá quedado sin título alguno que oponer al derecho que el ejecutante acredita ante terceros con la inscripción, según el art. 38 LH. En este sentido, ORTELLS RAMOS afirma que «cancelados los asientos registrales, la posesión que tuvieron sus titulares puede [sic.; se trata de una errata y debe leerse “no puede”] ser mantenida frente al ejecutante en el incidente del art. 704.2 LEC, porque las presunciones del art. 38 párrafo primero LH, ya no favorecen a los titulares de aquellos, sino que benefician al ejecutante»<sup>143</sup>.

### 1.3. Entrega de cosas muebles

Junto a la pretensión de entrega de la posesión inmediata del bien inmueble fundada en un título ejecutivo que origina el proceso de ejecución en que se inserta la fase

---

<sup>142</sup> ORTELLS RAMOS sostiene que tras la LEC 1/2000, el incidente previsto en el art. 198 del Reglamento Hipotecario puede ser suplido por el previsto para la intervención de terceros ocupantes en el art. 704.2 LEC. Esta norma, según el autor mencionado, habría derogado tácitamente el incidente de la ejecución que con este fin regulaba el párrafo cuarto del art. 198 del Reglamento hipotecario. Añade el autor que con ello las suspicacias que el rango reglamentario de la norma anterior pudiera suscitar, desaparecen por su asunción en el incidente del art. 704 LEC (Ortells Ramos, M., *La ejecución de condenas no dinerarias...*, 2005, cit., pág. 181).

<sup>143</sup> ORTELLS RAMOS, «Ejecución de prestaciones no dinerarias», 2003, cit., págs. 305 a 357.



procesal de lanzamiento, el mismo título permite sostener, expresa o implícitamente, pretensiones de entrega de bienes muebles, accesorias o subordinadas a la de entrega del inmueble, que pueden hacerse efectivas en el mismo proceso de ejecución. En ocasiones, se requerirá una previa interpretación del título (en función de lo planteado por las partes y lo debatido en el juicio declarativo previo, en honor de los principios dispositivo y de contradicción), para determinar si el título ampara la prestación accesoria pretendida<sup>144</sup>. Estarán comprendidas en esta categoría:

1.º La entrega de los accesorios del inmueble. Dicha entrega viene exigida por la ley con carácter general (art. 1097 CC, entrega de la cosa con todos sus accesorios)<sup>145</sup> o particular (art. 883 CC, entrega de la cosa legada con todos sus accesorios). La entrega de los mencionados accesorios puede exigir medios de ejecución distintos al lanzamiento; por ejemplo, los medios propios de la entrega de cosas muebles cuando éstas, por alguna razón, no se encuentren en el inmueble o cuando se requiera su entrega con carácter previo o posterior al lanzamiento mismo.

2.º La entrega de los frutos pendientes generados por la cosa inmueble (no comprendidos en el concepto de plantaciones a que alude el art. 703.2 LEC, a las que luego nos referiremos) y que sean debidos al amparo, expreso o implícito, del título ejecutivo; en este sentido, el art. 1468 CC exige la entrega por el vendedor frutos generados desde la perfección del contrato<sup>146</sup>. La ejecución de esta prestación

---

<sup>144</sup> Señala VERDERA SERVER que «toda obligación de dar [...] cuando se trata de dar “cosa cierta o determinada”, se ha delimitado por las siguientes notas a) la existencia de un periodo de conservación de la cosa debida que pretende mantener la identidad de su “estado” entre el momento de nacimiento de la obligación y el momento de la entrega de la cosa (arts. 481, 883, 1.468. I y 1.561 CC). b) la extensión de la obligación de dar a otras cosas relacionadas con la cosa debida (arts. 883, 1097 y 1561 cc).[...]» (Verdera Server, R., *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, 1995, cit., pág. 250).

<sup>145</sup> Según CARBALLO PIÑEIRO ello exige «[...] una interpretación integradora de la prestación de dar, que no sólo alcanza a la cosa debida, sino también a todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados (arts. 883 y 1097 CC). La ley se refiere a todos los accesorios con independencia de su función más o menos esencial para el manejo de la cosa principal y para el ejercicio de los derechos correspondientes sobre ella» (Carballo Piñeiro, L., *Ejecución de condenas de dar*, 2001, cit., págs. 151 a 153).

<sup>146</sup> Según CARBALLO PIÑEIRO «el pronunciamiento sobre los frutos debe contenerse en la sentencia de condena de entrega, puesto que, en su defecto, no cabe dicha entrega o reducción, a pesar de que la naturaleza de la cosa haya permitido su producción. Los principios de rogación y congruencia impiden la ejecución sin expresa condena, a diferencia de lo que ocurre con los accesorios. Otra cosa ha de ocurrir con los frutos generados tras la litispendencia [...] según los arts. 451, 1943 y 1945 CC, se ha de entender que los frutos percibidos por el demandado tras la prestación

acumulada exigirá acudir, en su caso, a mecanismos de entrega de bienes muebles específicos o genéricos (arts. 701 y 702 LEC).

3.º La retirada de los bienes muebles contenidos en el inmueble. Se ha considerado tradicionalmente que la entrega del inmueble a la que sirve el lanzamiento es *per se*, de modo implícito, una entrega «libre, vacua y expedita»<sup>147</sup>, lo que supone considerar exigible una prestación accesoria a la de

---

de la demanda han de ser también entregados, sin previa petición, ya que en el ínterin la posesión es de mala fe. Pero el verdadero fundamento de la devolución se halla en el principio de que al actor hay que darle lo que podría obtener si fuese actuada la ley en su favor en el momento de la demanda» (*idem*).

<sup>147</sup> Según REDONDO GARCÍA «la expresión judicial “dejar libre, vacuo y expedito el inmueble” es habitual en la práctica forense de Cataluña. Es una fórmula de estilo que se utiliza para indicar que el inmueble debe quedar totalmente despejado de todas sus existencias» (Redondo García, F., *La entrega de la posesión en los procesos de ejecución de inmuebles*, 2002, cit., pág. 35, nota 1). Por su parte ARANGÜENA FANEGO afirma que «dejar la finca (como suele expresarse en la práctica forense) libre, vacua y expedita a disposición del ejecutante, esto es, sin ocupantes, vacía de muebles y enseres y libre de todo estorbo» (Arangüena Fanego, Coral, «De la ejecución por deberes de entregar cosas: artículos 701 a 704», en AA. VV., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2003 (2.ª ed.), pág. 3654). SANTOS MARTÍNEZ afirma que «la diligencia de lanzamiento podría definirse como aquel acto de ejecución que, tendente a hacer efectiva la entrega de la posesión de la vivienda, procede al desalojo —incluso por la fuerza— de los ocupantes así como a la retirada de los bienes muebles de éstos, a fin de dejarla vacía o en las mismas condiciones en las que se entregó al arrendatario» (Santos Martínez, Albert M., *La ejecución del desahucio de vivienda*, 2009, cit., pág. 297). MANRRESA, MIQUEL y REUS señalaban, que «para llevar a efecto el lanzamiento deberán emplearse los medios adecuados a cada caso. Si es una casa de habitación, se arrojará de ella al inquilino con sus muebles, menos los que deban retenerse para el pago de costas con arreglo al art. 653, se recogerán las llaves y se entregarán a su dueño: y si la casa estuviese cerrada y no compareciese el inquilino, podrá descerrajarse la puerta, y se depositarán en forma los muebles que en ella se encontraren. Lo mismo se practicara tratándose de un establecimiento mercantil o industrial. Si es finca rústica con caserío, moradores y aperos de labranza, se arrojará también todo fuera de ella, y se entregarán al dueño las llaves de la casa» (Manrresa y Navarro, José María; Miquel, Ignacio; Reus y García, José, *Ley de Enjuiciamiento civil comentada y explicada para mejor inteligencia y aplicación*, Tomo III Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1857, pág. 532). Según PRIETO CASTRO, «si el objeto a entregar o desalojar es un bien mueble [sic., debe referirse al inmueble] o un buque, el ejecutor judicial lo sitúa fuera de la posesión del deudor, y lo entrega al acreedor, excluyendo las cosas muebles no comprendidas en la ejecución, que se entregan al deudor o a personas próximas, o en último extremo se depositan, y transcurrido amplio lapso de tiempo, se venden y se deposita el precio. Cuando la cosa que haya de ser entregada se encuentre en poder de un tercero, se transfiere al acreedor el derecho de reclamación que corresponda al deudor (de la ejecución) contra su deudor, conforme a los preceptos que regulan el embargo y la transferencia de créditos dinerarios» (Prieto Castro, Leonardo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Aranzadi, Pamplona, 1982, pág. 632). MONTERO AROCA y FLORS MATÍES citan la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de julio de 1997 (aplicando, por tanto, la LEC de 1881) que consideró acertada la tasación que había incluido como costas del proceso (ex art. 41 LH) el «precio de los servicios prestados por varios operarios, durante tres días, para dejar libre

entrega consistente en la retirada de los bienes muebles que embarazan dicho inmueble. Para el cumplimiento de esta obligación accesoria se debería acudir a los medios de ejecución forzosa de las prestaciones de hacer no personalísimas (retirada de los bienes muebles a cargo de un tercero a costa del demandado: art. 706 LEC).

La falta de previsión legislativa expresa de las prestaciones accesorias mencionadas en la misma sede en que se regula el proceso de ejecución para la entrega de bienes inmuebles, no es, en sí misma, un obstáculo (pretendidamente derivado de una rigurosa interpretación «a contrario»<sup>148</sup>) que impida su ejercicio acumulado a la pretensión de entrega posesoria de inmuebles a la que sirve el lanzamiento. Sin embargo, el principio de congruencia (tras el cual se manifiesta la cosa juzgada y el derecho de defensa que articuló el proceso precedente) exige, en nuestra opinión, que las pretensiones accesorias a la entrega del inmueble se restrinjan a aquellas sobre las que ya se hubiera formulado pretensión en el proceso declarativo precedente o, al menos, aquellas que hubieran sido objeto de debate procesal en el proceso declarativo precedente, habiendo quedado resueltas al menos implícitamente. Debe tenerse en cuenta que el carácter accesorio de una prestación no significa que sea de fácil precisión o determinación. La orden general de ejecución que incluya en su objeto prestaciones no contenidas en el título ejecutivo que no puedan justificarse interpretativamente como contenido implícito y necesario del mismo puede incurrir en un exceso o incongruencia con el título impugnado por medio de recursos previstos en el art. 563 LEC.

---

una vivienda de los muebles de los demandados condenados a desalojarla», siendo así que la sentencia «condenó a los poseedores de una vivienda a dejarla libre, vacua y expedita, a disposición del demandante (AC 1997/1597)» (Montero Aroca, Juan y Flors Maties, José, *Tratado del proceso de ejecución civil*, tomo II, 2004, cit., pág. 2016).

<sup>148</sup> El propio párrafo segundo del artículo 703.1 LEC, al restringir su ámbito normativo a «bienes que no formen parte del título» está indicando la existencia de casos en los que, precisamente por constar dichos bienes en el título y haberse pronunciado el tribunal —de modo expreso o implícito— sobre el deber de retirada, sí existe obligación de proceder a la misma. Sólo en estos casos, la retirada de los bienes muebles es una obligación de hacer no personalísimo implícita en la condena al desalojo y que, por tanto, el acreedor puede acumular a su pretensión de lanzamiento y será ejecutada en los términos del art. 706 LEC.

#### 1.4. Prestaciones dinerarias

En general, el título ejecutivo que fundamenta el lanzamiento puede contener cualesquiera pronunciamientos de condena susceptibles de ejecución<sup>149</sup>. Tales pronunciamientos serán, en tal caso, ejercitables acumuladamente a la pretensión de lanzamiento. El supuesto más típico<sup>150</sup> será la acumulación de la pretensión de ejecución de la condena al pago de renta (y otras cantidades asimiladas) cuyo impago fue causa de la sentencia de desahucio. Esta condena puede contenerse en la sentencia de desahucio por falta de pago de la renta como consecuencia de estar permitida la acumulación de la pretensión de desahucio a la de pago de la renta (art. 438.3.3.ª LEC). La pretensión ejecutiva será origen de una ejecución dineraria<sup>151</sup>.

### 2. Actividad procesal de naturaleza cautelar acumulada a la de lanzamiento

La LEC de 1881 no permitía la acumulación de las pretensiones de desahucio y reclamación de rentas, por ello, en ejecución de la sentencia de desahucio se regulaba un peculiar embargo preventivo de bienes, a realizar con ocasión de la diligencia de lanzamiento, para garantizar el pago de dichas rentas en un proceso declarativo ulterior (art. 1602 LEC/1881)<sup>152</sup>. La LEC de 2000, admitiendo la

---

<sup>149</sup> Habrá que tener en cuenta, no obstante, tal como señalan MONTERO AROCA y FLORS MATÍES en relación con la acumulación objetiva de acciones (ejecutivas) que «si una condena es pecuniaria y la otra es de hacer o de dar, puede ser conveniente acudir a procedimientos distintos, para que uno no obstaculice la marcha de otro, atendido que se trata de procedimientos distintos, pues no es lo mismo la ejecución dineraria que la ejecución no dineraria. Los dos procedimientos podrían derivarse de un mismo título en el sentido formal de documento, pero de títulos materialmente distintos, pues los actos jurídicos fueron realmente diferentes» (Montero Aroca, Juan; Flors Maties, José, *Tratado del proceso de ejecución*, tomo I, 2004, cit., pág. 594).

<sup>150</sup> ORTELLS plantea el supuesto de entrega de una edificación, cuya construcción ordene, también, previamente, el título, lo que supondrá, antes de la entrega, el desarrollo de la actividad ejecutiva contemplada en los artículos 705 y 706 LEC (Ortells Ramos, M., *La ejecución de condenas no dinerarias...*, 2005, cit., págs. 150 a 152).

<sup>151</sup> Sin perjuicio de la ejecución acumulada de diferentes pretensiones al amparo de un mismo título ejecutivo a que nos venimos refiriendo hasta el momento (acumulación de pretensiones relativas a prestaciones accesorias y de otras pretensiones relativas a pago de rentas, por ejemplo) el art. 555 LEC, bajo la rúbrica «acumulación de ejecuciones», autoriza, en general, la acumulación de procesos de ejecución de oficio o a instancia de parte, tanto si se trata de procesos con identidad de partes (art. 555.1) como si únicamente existe identidad en la parte pasiva (art. 555.2).

<sup>152</sup> Traía causa esta norma de las normas sustantivas contenidas en la Novísima Recopilación (ley 6, tit., 11, lib10) y en las Partidas (ley 5, tit. 8, partida 5) que establecían derechos de garantía del

acumulación de pretensiones de desahucio y pago de rentas (y también la acumulación de ejecuciones correspondientes) no contempla esta posibilidad de embargo: no habiéndose acumulado a la acción de desahucio a la de reclamación de rentas, el embargo de bienes para garantizar la reclamación en un proceso declarativo ulterior de las rentas debidas debe seguir los cauces ordinarios de las medidas cautelares (art. 727.1.<sup>a</sup> LEC). No puede considerarse amparado el embargo de bienes para garantía del pago de las rentas debidas (aun cuando ésta fuera la causa de desahucio) por el «embargo de garantía» a que alude el art. 700 LEC, que está destinado a garantizar otros pagos consustanciales a la propia ejecución: el de las costas de la ejecución y la indemnización sustitutoria prevista para el caso de imposibilidad de cumplimiento específico. Tampoco puede amparar dicho embargo en garantía de las rentas debidas el embargo previsto en el art. 703.3 LEC, previsto en garantía del pago de los deterioros causados al inmueble. Podría buscarse el mismo efecto que perseguía el antiguo art. 1602 LEC/1881<sup>153</sup> acumulando en la misma demanda de ejecución para la

---

arrendador sobre todos los frutos que produce la cosa arrendada (o están en ella) para el pago de la renta y de los menoscabos que la finca haya padecido durante el arrendamiento, en cuya atención podía el dueño retenerlos por derecho pignoraticio, inventariándolos previamente ante testigos. Tras la codificación persisten como privilegios crediticios (art. 1921.7.<sup>a</sup> CC). La LEC de 1881 trata de garantizar jurídicamente el ejercicio de estos derechos de garantía (luego privilegios) en el momento oportuno, evitando el ejercicio de autotutela. Era, pues, el embargo de bienes realizado durante el lanzamiento, una forma de ejercicio de específicos derechos reales de garantía que correspondían al arrendador sobre las cosas introducidas o nacidas en el inmueble arrendado. A su vez, dicha norma remonta sus orígenes al Derecho romano en el que la prenda sobre los *invecta et illata* fue origen del interdicto salviano, a su vez sustrato de la hipoteca.

Según la Ley V, tit. VIII, P V: «*Como el señor de la heredad, o de la cassa, puede echar della su arrendador, que la arrendo, si non quisiere pagar lo que prometio.— Alquilada teniendo algund ome de otro alguna cosa, si non le pagare el loguero a los plazos que pusieren con el, e a lo mas tarde a la fin del año, segund diximos en la ley ante desta; dende adelante el señor de la casa puede echar della al que la tiene alquilada sin caloña e sin pena. E demas dezimos, que todas las cosas que fallaren en la casa, de aquel que la tenia alquilada fincan obligadas al señor de la casa por el loguero, e por los menoscabos que ouiesse fecho en ella; e puedelas retener el señor de la casa, como por peños maguer non quiera el otro, fasta que le pague el loguero, o le enderece los menoscabos que le fizo en su casa. Pero estas cosas sobredichas que fallaren en la casa, e tomare por peños, non las deue tomar el señor della por si mismo tan solamente mas ante los vecinos, metiendolas todas en escrito ante ellos, por que non pueda ser fecho engaño. E de lo que suso diximos de las casas, entiendese tambien de las heredades, como de las viñas, e de las huertas, que dan los omes a labrar o arrendandolas. Ca quantas cosas metiere el Labrador en ellas con sabiduria del señor todas fincan obligadas al señor, e las puede tener por peños fasta que el labrador pague la renta que ha de dar por razon del arrendamiento, si lo non pago a los plazos que le ouiere de pagar.*»

<sup>153</sup> Según ARROYO GARCÍA, «a diferencia del artículo 1602 LEC de 1881, el actual artículo 703 y el 700 no prevén que pueda acordarse la retención o depósito por las rentas que se pudieran adeudar, de tratarse de bienes inmuebles arrendados [...]; la cuestión es discutible; ha de entenderse que el ejecutante en el acto del lanzamiento podrá pedir, a su vez, el embargo por tales conceptos [...].»;

entrega del inmueble la pretensión (cautelar) de embargo de bienes para el pago de las rentas debidas, solicitando (o acordándose de oficio), que se produzca en el mismo acto del lanzamiento (diligencia de lanzamiento), consiguiendo de este modo la economía procesal que perseguía el citado artículo 1602 LEC/1881. No obstante, esta posibilidad queda vedada por la prohibición contenida en el art. 73.2 LEC, en cuanto ambas pretensiones deben «ventilarse en juicios de diferente tipo» (de ejecución y cautelar, respectivamente).

La limitación anterior impedirá también la acumulación al proceso de ejecución de otras pretensiones cautelares que deberán, por tanto, canalizarse mediante demandas autónomas. Por ejemplo: si en el inmueble existieran bienes pertenecientes al demandante, abrigando éste el temor de su indebida retirada por el demandado ocupante, podrá solicitar, mediante demanda cautelar, la orden del Tribunal de no desplazar dichos bienes (en aplicación de las medidas número 4.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup> del art. 727 LEC)<sup>154</sup>. Estas medidas, una vez adoptadas, se ejecutarían empleando los medios correspondientes a la ejecución no dineraria: intimaciones y multas coercitivas, fundamentalmente.

---

sin embargo la autora parece limitar el embargo a la reclamación de rentas vencidas en el ínterin entre la sentencia y el lanzamiento e, incluso, parece estar refiriéndose a la reclamación en concepto de daños antes que en el de rentas (lo que permitiría incluir este embargo en el contemplado en el art. 700 LEC): «ante el incumplimiento del ejecutado en el plazo del artículo 548 LEC, la posesión por éste del bien inmueble arrendado conlleva no sólo la pérdida de la posesión, sino también la correspondiente contraprestación por la ocupación del bien inmueble, por lo que, al menos, cabría entender que tal ocupación sería originadora de la correspondiente indemnización por daños y perjuicios que la misma ha causado al ejecutante, por lo que cabría entender que su determinación procedería por los tramites de los artículos 712 y siguientes LEC» (Arroyo García, Sagrario, «Comentario a los arts. 517 a 720», en AA. VV. (Suarez Robledano coord.), *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, Tomo III*, DIJUSA, Madrid, 2003, pág. 2249). CANTO PRIMO parece limitar la posibilidad del embargo al supuesto de haberse dictado sentencia también sobre las rentas debidas «cuando se practica el lanzamiento, si se han ejercitado dos pretensiones: la de lanzamiento y la de reclamación de rentas, se podrá solicitar el embargo de aquellos bienes propiedad del arrendatario que fueren habidos en el inmueble a desalojar» (Cantó Primo, Yolanda, «Comentario al Capítulo X (Normas procesales.— Artículo 33) de la LAR», en AA. VV., *Comentarios a la LAR* (Ballarín Hernández dir.), pág. 670).

<sup>154</sup> En sentido parecido, MANRESA, REUS y MIQUEL proponían para este caso una medida cautelar de depósito de la cosa: «cuando el demandado pretenda llevarse como de su propiedad un mueble u otra cosa cualquiera, que sin detrimento puede separarse de la finca, y el demandado [sic. debe referirse al demandante] se oponga, alegando ser suya o que forma parte de la finca arrendada [...] creemos debe depositarse la cosa, y ventilarse la reclamación en el juicio ordinario correspondiente a la cuantía» (Manresa y Navarro, José María; Miquel, Ignacio; Reus y García, José, *Ley de Enjuiciamiento civil comentada y explicada para mejor inteligencia y aplicación, Tomo III*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1857, págs. 536 y 537).

Sin embargo, pueden considerarse medidas cautelares especiales acumuladas a las de ejecución aquellas destinadas, precisamente, a garantizar el éxito de entrega posesoria. Se trata de las medidas previstas en el art. 700 I LEC para «asegurar la efectividad de la condena», bien asegurando su ejecución específica (la entrega del inmueble), bien asegurando su equivalente pecuniario, para el caso de imposibilidad de aquélla. Estas medidas cautelares, al asegurar la efectividad de la entrega posesoria en forma específica, forman tal unidad con las medidas de entrega posesoria que difícilmente pueden analizarse aisladamente. Por nuestra parte las estudiaremos como parte integrante de la actividad de ejecución en la cuarta parte de nuestro trabajo, integrando la que denominaremos «fase de preparación y evitación de la diligencia de lanzamiento» y que precede a la diligencia de lanzamiento propiamente dicha.

También podemos atribuir naturaleza cautelar las medidas de embargo autorizadas por el art. 703.3 LEC para asegurar al acreedor el abono de los daños causados por el demandado al inmueble objeto del lanzamiento. En cierto modo, también pueden considerarse cautelares las medidas de constancia del estado del inmueble en el momento del lanzamiento para poder determinar posteriormente el alcance y valor de tales daños (art. 703.3 LEC) e incluso, en el mismo sentido, las medidas de constancia de las mejoras incorporadas al inmueble para determinar su existencia y alcance (art. 703.2 LEC). De estas medidas cautelares, por formar una unidad con otras pretensiones declarativas de condena igualmente acumuladas al lanzamiento (pretensiones de abono de daños y mejoras) nos ocupamos en el apartado siguiente.

### **3. Actividad procesal de naturaleza declarativa acumulada a la de lanzamiento**

*3.1. Abono de mejoras, retirada de bienes muebles e indemnización de perjuicios causados al inmueble.*

#### *3.1.1. Concepto y naturaleza*

La LEC de 2.000, siguiendo en esto el esquema que para la ejecución del juicio de desahucio inauguró la LEC de 1855, ha admitido la posibilidad de acumular a la pretensión principal de entrega de posesión inmediata del inmueble mediante

lanzamiento diversas pretensiones conexas que no son, sin embargo, de ejecución del título que fundamenta el lanzamiento sino que requieren una nueva y propia actividad judicial declarativa<sup>155</sup>. Nos referimos a la pretensión de retirada de los bienes muebles de los que el inmueble objeto de desalojo es continente (art. 703.1.II LEC), a la pretensión indemnizatoria de los daños causados al inmueble por el ocupante o las personas que de él dependan (art. 703.3 LEC) y a la pretensión de reembolso al demandado de ciertas mejoras (instalaciones y plantaciones) incorporadas al inmueble con carácter no separable (art. 703.2 LEC). Estas tres pretensiones se pueden, a su vez, descomponer (como inmediatamente veremos) en una cadena de peticiones formuladas progresivamente en distintos momentos procesales y con funciones diversas (aunque conexas).

La posibilidad de acumular a la de lanzamiento este tipo de pretensiones declarativas tiene su origen, como hemos señalado, en el régimen de la ejecución de la sentencia de desahucio de la LEC de 1855 (reclamación, por el ejecutado, de «labores o plantío»: arts. 652 y 656 a 660 LEC/1855), que fue ampliado en este punto por la LEC de 1881 (reclamación, por el ejecutado, de «labores, plantíos u otra cualquier cosa que haya quedado en la finca» —arts. 1604 a 608 LEC de 1881—; solicitud de embargo preventivo de bienes para pago de «desperfectos que hubiere causado [el demandado] en la finca» —art. 1602 LEC/1881— y solicitud de embargo preventivo para el abono de las rentas debidas —art. 1603 LEC/1881—). La LEC de 2000 elimina esta última pretensión (de naturaleza cautelar; por razones a las que ya hemos aludido en el apartado anterior), pero añade la pretensión de retirada de bienes muebles contenidos en la finca<sup>156</sup>.

---

<sup>155</sup> Así ORTELLS RAMOS para quien «Estas actividades complementarias no son ejecutivas, sino incidentes declarativos mediante los que se resuelven, dentro del proceso de ejecución en curso, —que es el que producirá los cambios en el estado posesorio—, de un modo simplificado y, en algunos casos, sumario, diversos aspectos de la liquidación de aquel estado. Los pronunciamientos que se dicten en estos incidentes serán, en su caso, ejecutados» (ORTELLS RAMOS, M., *La ejecución de condenas no dinerarias...*, 2005, cit., pág. 185).

<sup>156</sup> La retirada de los bienes muebles que contiene el inmueble puede obedecer a tres causas diferentes con distinto fundamento y que dan origen a consecuencias procesales diversas. La retirada de bienes a la que nos referimos en el texto es independiente del título que avala la entrega del inmueble y se fundamenta en el régimen especial *ad hoc* que contiene el art. 703.1. II LEC. Esta pretensión es, a su vez, distinta de la pretensión de entrega de la finca «vacua y expedita», es decir, de la retirada de bienes muebles como pretensión accesoría o aneja a la de entrega. Este segundo supuesto considera que la retirada de bienes está implícita en el título jurídico que fundamenta la



Se han calificado estas pretensiones y la actividad procesal que originan con términos diversos, expresivos de su carácter conexo y subordinado a la pretensión de entrega posesoria del inmueble y de su vínculo con la actividad procesal para dicha entrega mediante lanzamiento. MONTERO y FLORS, desde el punto de vista de la actividad procesal desplegada, las denominan «incidencias jurídicas», destacando así la independencia de los trámites que generan respecto de los trámites principales orientados a la entrega posesoria mediante lanzamiento; también para ALMAGRO, ORTELLS o FERRER MARTÍN<sup>157</sup> se trataría de «incidentes». Desde el punto de vista de su objeto y su relación subordinada al objeto principal de la ejecución (la entrega posesoria), GUASP, las califica de «reclamaciones complementarias». En nuestra opinión, se trata de una variedad de figuras de naturaleza heterogénea que resultan correctamente unificadas con anterior caracterización doctrinal: por su relación formal de conexión incidental con el proceso de ejecución para la entrega posesoria a la que están vinculadas pero de la que se distinguen. Conviene, sin embargo, precisar su naturaleza de un modo menos formal (incidentes, reclamaciones complementarias) y determinar, asimismo, la razón de ser sustancial que justifica su acumulación al lanzamiento.

En cuanto a la naturaleza procesal de los incidentes, se puede afirmar que se trata de incidentes de naturaleza declarativa (constitutiva o de condena, como veremos) pues persiguen bien la declaración de condena del tribunal sobre el deber que

---

entrega del inmueble, aunque, como hemos señalado, tal conclusión sobre el carácter accesorio del desalojo de bienes muebles no es admisible con carácter general sino únicamente cuando de la interpretación del título ejecutivo se derive el derecho mencionado. Por otra parte, siendo procedente, requerirá acudir a los medios que para la realización de un hacer que no es ni personal ni personalísimo contiene el art. 706 LEC (y no al mecanismo regulado en el párrafo segundo del art. 703.1 LEC). Las dos modalidades aludidas de retirada de bienes muebles (como prestación conexas al amparo del párrafo segundo del art. 703.1 y como prestación accesoria fundada implícita o explícitamente en el título ejecutivo) se distinguen, a su vez, de la retirada de bienes muebles al servicio de la posesión del inmueble: bienes cuya retirada es instrumental de la entrega de la posesión (como cerraduras, puertas, animales de guarda y protección... incluso barricadas o una ocupación desmesurada del inmueble que impidan la toma de posesión). En este caso la retirada de tales bienes forma parte de la entrega del inmueble, está avalada por el párrafo primero del art. 703.1 LEC y permite acudir a medidas de sustitución o de coerción propias del lanzamiento.

<sup>157</sup> Vid, respectivamente, MONTERO AROCA y FLORS MATÍES, *Tratado...*, 2004, cit., pág. 2021; GUASP DELGADO, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, 1968, Pág. 487; ALMAGRO NOSETTE, José, «Juicio de Desahucio de la LEC», en AA. VV., *Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia; 1992, pág. 328; ORTELLS RAMOS, Manuel, «Ejecución de prestaciones no dinerarias», 2003, cit., pág. 323.

corresponde al demandado de indemnizar de los daños causados al inmueble o sobre el deber que corresponde al demandante de abonar el valor de ciertas mejoras (plantaciones e instalaciones) al ocupante que abandona la posesión (deberes que no constan en el título ejecutivo por lo que el tribunal debe declararlos *ex novo*), bien la declaración (en este caso constitutiva) del tribunal sobre el abandono de los bienes que el demandado no ha retirado pasado el plazo que se le hubiere otorgado para ello.

Pese a su carácter declarativo, los incidentes para abono de daños o mejoras van precedidos de medidas de constancia o preconstitución de prueba (constancia del estado de la finca a efectos de posterior avalúo de mejoras y daños) y de embargo (de los bienes que se encuentren en el inmueble al efectuar el lanzamiento para cubrir el valor de los daños causados al inmueble) instrumentales de la declaración ulterior.

Por lo que respecta al incidente para la retirada de bienes muebles, podría atribuírsele una naturaleza declarativa mixta, en parte ejecutiva monitoria y, en parte, declarativo constitutiva: la petición de parte respecto a la retirada de bienes muebles da lugar a un requerimiento judicial de retirada con la advertencia o intimación (he ahí el «monere») de que, incumplido el requerimiento, se producirá *ex lege* un efecto (constitutivo) consistente en la presunción (*iuris et de iure*) de que tales muebles son «bienes abandonados a todos los efectos»<sup>158</sup>, es decir, se creará (como consecuencia diferida pero ineludible del requerimiento/intimación del tribunal) una situación jurídica nueva (el estado de abandono de los bienes) que permitirá su adquisición por ocupación (art. 610 CC): verdadera sanción impuesta a la no retirada (función ejecutiva) que puede satisfacer, por sí misma, al solicitante de la medida. Hay que reconocer que este incidente no admite, en principio<sup>159</sup>,

---

<sup>158</sup> Para FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ se trata de una medida de carácter civil-sustantivo aunque con función procesal (vid. *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Iurgium, Madrid, 2001, pág. 421, nota 27).

<sup>159</sup> Más ¿qué si una cláusula contractual, por ejemplo, autoriza al demandado a mantener los bienes en el inmueble durante un plazo determinado?: en este caso la exhibición por el demandado del citado contrato, debería, como la oposición del demandado en el proceso monitorio, poner fin al incidente constitutivo acumulado a la ejecución sin que se puedan producir sus efectos típicos (la consideración de los bienes como abandonados).

contienda alguna, pues la orden de retirada de bienes no requiere cognición del tribunal ni se prevé contradicción por parte del demandado. Puede entenderse esta ausencia de contradicción si se estima que la defensa del deudor, de ser suyos los bienes, habrá de consistir —tácitamente, por hechos concluyentes— en su retirada (tal como se le reclama). No obstante, pese a su carácter declarativo, si el demandado entendiese que la resolución se adopta indebidamente por el tribunal, vulnerando el contenido del título ejecutivo (que puede contener determinaciones expresas sobre los bienes muebles), o la apropiación se hace más extensa de lo autorizado (según luego veremos) debería aplicarse el sistema de recursos previsto frente a los actos ejecutivos (sobre todo: art. 551.5 y 563 LEC) habida cuenta de su interferencia con la actividad ejecutiva. Si la función de los incidentes para el abono de mejoras o daños es la declaración de un derecho del acreedor (a ser indemnizado por los deterioros causados al inmueble) o del deudor (a ser reintegrado del coste de instalaciones o plantaciones) el incidente relativo a la retirada de bienes se orienta a crear *ex novo* una situación jurídica (el estado de abandono de los bienes) permitiendo su apropiación (por ocupación) del acreedor: ex art. 610 CC como sanción al incumplimiento del deudor.

Por lo que respecta a los incidentes sobre abono de plantaciones instalaciones o de daños, sí existe una verdadera actividad procesal de contradicción (incluso con práctica de prueba) que termina con una declaración del tribunal resolviendo la controversia (siguiendo los trámites previstos en los arts. 713 a 716 y 717, respectivamente). Mediante estos incidentes, el tribunal declara un derecho preexistente ya determinado por normas materiales reguladoras de la liquidación de los estados posesorios<sup>160</sup> que difieren según la causa jurídica de la entrega (que

---

<sup>160</sup> Vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis, «Frutos e impensas. Liquidación de situaciones posesorias», en AA. VV., *Elementos de Derecho Civil. Tomo III. Derechos Reales. Vol.1.º. Posesión y propiedad* (3.ª ed.), J. M.ª Bosch, Barcelona, 1990, pág. 109. Como hemos indicado, ORTELLS RAMOS denomina estas medidas «actividades complementarias relativas a aspectos accesorios de la entrega de la posesión» y afirma que «el art. 703.1 LEC, párrafo segundo, y 2 regula una actividad ejecutiva de entrega del inmueble que se refiere a las cuestiones de liquidación de la situación posesoria, que son consecuencia de lo que principalmente establece el título ejecutivo (destino de los bienes muebles que se hallen en el inmueble, mejoras y desperfectos en el inmueble). Para que la referencia a estas cuestiones sea completa, le falta mencionar la condena al abono de frutos y rentas» (ORTELLS RAMOS, M., «Ejecución de prestaciones no dinerarias», 2003, cit., pág. 323).

puede consistir en la extinción de una relación jurídica previa<sup>161</sup> (sea de arrendamiento: arts. 1561 a 1564 y 1573 CC; de usufructo: arts. 467, 487, 488, 491, 497 y 498 CC; o de posesión: arts. 358 y sigs. y 446 y sigs. CC) o en obligaciones específicas (como la obligación de entrega de la cosa legada en el estado en que se halle al fallecer el testador: art. 883 CC; la obligación de entrega de la cosa vendida en el estado en que se halle al verificarse la venta: art. 1468; o la obligación de conservación de bienes accesoria a la entrega: art. 1094 CC)<sup>162</sup>.

### 3.1.2. Razón de ser de la acumulación

En ocasiones, se ha sostenido el carácter instrumental que para la transmisión de la posesión sobre el inmueble tienen los incidentes estudiados. No estamos de acuerdo en que la «entrega» del inmueble a la que sirve el lanzamiento se componga (como a veces parece sostenerse<sup>163</sup>) de una obligación principal de entrega y una serie de

---

<sup>161</sup> Liquidación que habrá que referir al régimen correspondiente a la relación que se extingue. No se debe olvidar que el antecedente de la regulación actual es el régimen del juicio de desahucio de la LEC de 1881 en el cual el régimen posesorio a liquidar estaba perfectamente identificado con el aplicable a la extinción del arrendamiento, rigiendo las normas correspondientes a esta relación jurídica. Pero en el marco de la LEC de 2000 la relación jurídica que ha dado lugar al lanzamiento puede ser muy diversa. Señalaba FERRER MARTÍN que «el trámite de ejecución de las sentencias recaídas en los juicios de desahucio, señala el [trámite] adecuado para solucionar algunas cuestiones que en aquel pueden originarse, con el fin de solventar todas las [cuestiones] derivadas de la relación arrendaticia que con la sentencia se disuelve» (Ferrer Martín, Daniel, «Reclamación de gastos y mejoras por el arrendatario desahuciado», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1951, pág. 35). Por otra parte, es indudable que evitando que el lanzamiento sea origen de nuevos conflictos no sólo se beneficia la economía procesal sino la tutela efectiva en su conjunto que exige su realización en un plazo razonable.

<sup>162</sup> Se mantiene de este modo la medida similar a la que contemplaban los arts. 1600 y 1604 a 1607 de la LEC de 1881 para el abono de mejoras (labores, plantíos o cosas inseparables —mejoras— que quedare en la finca) y de la que GÓMEZ COLOMER afirmaba que «sistemáticamente no es ni un tema de oposición a la ejecución, ni una ejecución especial, ni un incidente de la ejecución, sino un auténtico proceso declarativo especial, cuya pretensión es precisamente la condena del propietario al pago de una indemnización por haber dejado en su finca esos bienes» (Gómez Colomer, Juan Luis, «Los procesos de arrendamiento» en AA. VV., *Derecho Jurisdiccional, Vol II: Proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1995, pág. 691). Un régimen similar contenían los arts. 652 y 659 a 660 de la de 1855.

<sup>163</sup> Para SANTOS MARTÍNEZ: «la ejecución forzosa de las obligaciones de facilitar el acceso a la vivienda y de dejar la misma libre y vacua forma parte del objeto de la ejecución de desahucio, si bien se englobarían en la obligación genérica de reintegrar la posesión» (Santos Martínez, A. M., *La ejecución del desahucio de vivienda*, 2009, cit., pág. 267) y supone «una ampliación del objeto de la ejecución» (*ibidem*, pág. 312). Así pues, este autor considera que la pretensión de retirada de bienes muebles forma parte, junto con la pretensión de abandono del inmueble de la (entonces compleja) ejecución de la sentencia de desahucio, afirmación con la que estamos de acuerdo; sin embargo, ni la

prestaciones instrumentales de dicha entrega que incluirían el desalojo de los muebles, la determinación, imputación y avalúo de los deterioros sufridos por el inmueble y el abono de las mejoras (instalaciones y plantaciones). Las mencionadas prestaciones no son determinantes para la perfección de la entrega posesoria que persigue lanzamiento<sup>164</sup>. La conclusión es más que evidente cuando se trata de la pretensión de abono de mejoras, destinada a satisfacer al demandado (por lo que no se aprecia el carácter instrumental para la entrega que debe satisfacer al demandante<sup>165</sup>), pero también es cierta para las pretensiones relativas al abono de deterioros y la retirada de bienes muebles: en primer lugar, porque se trata de pretensiones cuya naturaleza no es ejecutiva (aunque finalmente sean susceptibles de ejecución) y, sobre todo, porque no son necesarias para la perfección de la entrega, satisfactiva para el ejecutante<sup>166</sup>.

---

primera pretensión (retirada de muebles) acompañará siempre a la segunda (abandono del inmueble) ni forma parte, a nuestro entender, de la propia entrega posesoria del inmueble, ni siquiera de modo instrumental, como parece desprenderse de lo afirmado. La pretensión de lanzamiento (entrega de la posesión inmediata del inmueble) puede verse satisfecha y perfeccionada en la mayor parte de los casos con independencia del estado posesorio del inmueble.

<sup>164</sup> No obstante, en ocasiones se destaca el carácter instrumental (aunque calificado con la más neutra denominación de «accesorio») del desalojo de bienes muebles, en el sentido de ser necesario dicho desalojo para que el lanzamiento quede cumplidamente realizado. Así, FERRER MARTÍN, en referencia a la ejecución de sentencias de desahucio en la LEC de 1881, parte de una diferencia esencial entre lanzamiento y medidas accesorias: «con la sentencia de desahucio se pone fin a una relación arrendaticia existente entre los que litigan, pero si con la ejecución se trata de restablecer al arrendador en su posesión, lo que integra la finalidad primordial del juicio y de la sentencia, pueden nacer también en ella una serie de cuestiones que no por accesorias son menos importantes, entre las que se encuentran las posibles reclamaciones por los arrendatarios de gastos hechos en la finca o de mejoras introducidas en la misma», pero, a continuación, destaca la existencia de un vínculo instrumental entre ambas prestaciones al afirmar que «en algunas ocasiones, la resolución de estas cuestiones se encuentra en íntima relación con la finalidad de reintegración posesoria, y en otras, aunque no tan ligadas a ella, es conveniente su urgente resolución para evitar que puedan multiplicarse y prolongarse la contiendas, haciendo interminable un proceso concebido breve por la Ley» (*ibidem*, pág. 35).

<sup>165</sup> En realidad, si existe una explicación histórica: el incidente de abono de mejoras sustituye el derecho de retención que ostentaba el inquilino y cuyo ejercicio obstaculizaría la ejecución.

<sup>166</sup> Otra manifestación de su heterogeneidad con la entrega posesoria la pone de relieve Achón Bruñén al afirmar que la pretensión de retención de bienes para el abono de deterioros puede dirigirse contra un sujeto distinto del ejecutado pues el art. 703.3 LEC se refiere al responsable de los daños cuyos bienes serán, en tal caso, los que resulten embargados (hemos de entender que en el supuesto de que la ejecución se haya dirigido finalmente también contra él en virtud del incidente de intervención ex art. 704, en cuyo caso, en nuestra opinión, también será considerado ejecutado) (Achón Bruñén, M.<sup>a</sup> José, *La oposición en los procesos de ejecución de sentencias civiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 161, nota 310).

La acumulación a la fase de lanzamiento de los incidentes declarativos de condena para el abono de daños y mejoras y del incidente para la retirada de bienes muebles, se hallan, en nuestra opinión, al servicio de la eficacia de la tutela judicial globalmente considerada o, cuando menos, de la economía procesal. En este sentido, resulta evidente que entre el lanzamiento y los incidentes mencionados se produce una sinergia que permite evitar que el lanzamiento se convierta en fuente de ulteriores conflictos con daño para la economía procesal y la tutela efectiva. Aunque los incidentes para el abono de mejoras o deterioros puedan ser sustituidos por reclamaciones autónomas a través de un proceso declarativo ordinario al margen de la ejecución, su acumulación al lanzamiento permite efectuar dicha reclamación con mayores posibilidades de acierto: lo favorece la posibilidad de constatación del estado del inmueble a presencia de la Comisión judicial en el preciso momento del cambio posesorio, es decir, en el día y la hora señalados para la diligencia de lanzamiento. Quedando constancia de las mejoras o deterioros en el momento del cambio de posesión del inmueble se facilita la prueba de su existencia y la imputación de los respectivos deberes de abono<sup>167</sup>.

Tratándose de la pretensión de abono del valor de las «instalaciones o plantaciones» (cuando según las normas civiles se tenga derecho a ello)<sup>168</sup>, la carga de la prueba de la preexistencia y dimensión de tales plantaciones o instalaciones corresponde al ejecutado (por ser quien las afirma, reclamando su abono), pero una vez entregado el inmueble esta prueba se hará más difícil para él: es más fácil para el ejecutante destruir las mejoras o afirmar ser su autor. Del mismo modo, la pretensión de abono de una indemnización por los daños causados al inmueble

---

<sup>167</sup> En este sentido, ORTELLS RAMOS afirma que «estas actividades complementarias no son inicialmente ejecutivas, sino incidentes declarativos mediante los que se resuelven, dentro del proceso de ejecución —que producirá los cambios en el estado posesorio—, de un modo simplificado y, en algunos casos, sumario, diversos aspectos de la liquidación de aquel estado. Los pronunciamientos que se dicten en estos incidentes serán, en su caso, ejecutados» (ORTELLS RAMOS, M., «Ejecución de prestaciones no dinerarias», 2003, cit., pág. 323).

<sup>168</sup> Advierte, con razón, ORTELLS RAMOS que la norma del art. 703.2 LEC «A pesar de las referencias a elementos jurídico-materiales no es material, ni, por consiguiente, modifica las normas de esa naturaleza sobre las materias indicadas (arts. 358 al 364 y 453 al 455 CC). Además de que, por razones sistemáticas, no tendría sentido otra conclusión, la referencia a la resolución sobre la obligación de abonar el valor es completamente neutra, de modo que los criterios que deberán regir tal decisión no pueden ser otros más que los establecidos por las normas materiales» (Ortells Ramos, M., *La ejecución de condenas no dinerarias...*, 2005, cit., pág. 188).

requiere la prueba de su existencia a cargo del ejecutante, que las reclama, pero el cambio de posesión hará más difícil dicha prueba: una vez entregado el inmueble el ejecutante será ya el responsable de la conservación y deberá demostrar que los daños preexistían a su posesión. En cambio, para los daños constatados en un momento en que el inmueble aún está en posesión del ejecutado<sup>169</sup>, se produce una suerte de preconstitución de prueba, especialmente relevante en el caso de que el demandante esté beneficiado por presunciones legales (como la prevista para el arrendamiento en el art. 1562 CC: «A falta de expresión del estado de la finca al tiempo de arrendarla, la ley *presume* que el arrendatario la recibió en buen estado, *salvo prueba en contrario*») de las que no podrá aprovecharse a partir del momento en que el demandado desocupa la finca<sup>170</sup>.

---

<sup>169</sup> Un razonamiento similar realiza CANTÓ PRIMO, cuando afirma que el art. 703.3 LEC «parece referido a inmuebles como viviendas o locales de negocio, y no a los que son objeto de arrendamiento rústico, que en muchas ocasiones ni siquiera están vallados o cercados, y cualquier persona totalmente ajena y desconocida al arrendatario ejecutado puede causar desperfectos en los mismos resultando prácticamente imposible averiguar quién ha sido el responsable» (Cantó Primo, Yolanda, «Comentario al Capítulo X (Normas procesales; artículo 33) de la LAR», en AA. VV. (Ballarín coord.), *Comentarios a la LAR*, págs. 669 y 670).

<sup>170</sup> PEREDA GÁMEZ ha señalado que la obligación de conservación de la cosa es una suerte de «obligación procesal» derivada del deber de probidad y de colaboración con la Administración de Justicia, lo que explicaría su exigencia con independencia del título ejecutivo (*ibidem*, pág. 41). Creemos, sin embargo, que esta explicación sólo serviría como fundamento de la reclamación de aquellos deterioros que se produzcan una vez interpuesta la demanda, pero no la reclamación de deterioros producidos en el inmueble desde que entró en posesión del deudor y que, sin embargo, pueden exigirse por esta vía, que no impone limitaciones. Señala el autor citado que «el deudor obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buena padre de familia (art. 1.094 CC). ¿Éste es un deber general de conducta también exigible al deudor mientras dure el pleito y tras ser condenado, en el “ínterin” no cumpla la sentencia? Es evidente que la cuestión adquiere importancia para imputar los riesgos de pérdida de la cosa y para resolver si hay o no perjuicios resarcibles. Salvo que los términos del fallo sean más estrictos (por reflejo del contenido del contrato o relación jurídica subyacente) en general quien tenga en su poder la cosa (generalmente el deudor) tiene la obligación de cuidar de ella con diligencia mientras dure el pleito. Esta obligación no sólo deriva de las reglas generales de las obligaciones en el Código Civil (art. 1094), sino también de las específicas previsiones de determinados contratos (cfr. arts. 1555.2 para el arrendamiento, 1719.2 y 1724 “a contrario” para el mandato, 1746 “a contrario” para el comodato, etc.). También juega a favor de la atribución de responsabilidad al ejecutado por la pérdida de la cosa la asunción de los criterios de posesión de buena y mala fe (arts. 446 CC). Por último, cabe fundamentar la obligación de conservar la cosa en el general deber de probidad y de colaboración con la administración de justicia al que nos referimos al habla de las “obligaciones procesales”. Venimos, pues, defendiendo que cuando en el pleito ha sido controvertida la propiedad de la cosa litigiosa o estaba pendiente de la sentencia judicial la resolución del contrato traslativo, el deber de conservar la cosa es imputable al que la posee, generalmente la parte demandada, por lo menos hasta la sentencia firme» (*ibidem*, págs. 40 y 41). En el mismo sentido DE LA OLIVA SÁNTOS, Andrés, «Comentario a los arts. 465, 700, 703 y 704», en AA. VV., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 1187 y ACHÓN BRUÑÉN, María José, *La oposición en los procesos de ejecución de sentencias civiles*, Tirant lo Blanch,

Una vez producida la constancia, los incidentes para abono de mejoras y deterioros habrán cumplido ya una importante función de naturaleza cautelar de cara a la pretensión de abono y podría haberse diferido su reclamación a un proceso independiente del proceso de ejecución para la entrega del inmueble mediante lanzamiento; sin embargo, razones de economía procesal y de tutela judicial (refractarias a «externalizar» cuestiones litigiosas surgidas en el marco de la ejecución), explican que los incidentes continúen su desarrollo a través de una fase de cognición contradictoria para la declaración, en su caso, del deber de abono y de su avalúo.

En nuestra opinión, la regulación de ambas diligencias, por ser sucinta y condensada, requiere una intensa labor de integración partiendo de la naturaleza y razón de ser que acabamos de establecer. El art. 703.2 LEC (regulador del incidente para el abono de plantaciones e instalaciones) sólo menciona expresamente la resolución sobre el deber de pago («se resolverá en la ejecución [...] en el plazo de cinco días a partir del desalojo») no haciendo alusión ni a la tarea procesal de constancia de tales mejoras durante la diligencia de lanzamiento<sup>171</sup>, ni a su avalúo<sup>172</sup>: entendemos, sin embargo, que a ambas medidas son aplicables, por analogía, las

---

Valencia, 2002, pág. 161, nota 310.

<sup>171</sup> En la LEC de 1881, el art. 1.602 se limitaba a prever la constancia de los daños causados al inmueble y su avalúo (art. 1.609), así como el embargo de bienes necesario para garantizar su pago (y el de las rentas), dejando la declaración sobre el deber de abono a un proceso ulterior, de modo que el incidente a realizar durante la ejecución de la sentencia de desahucio tenía únicamente naturaleza cautelar.

<sup>172</sup> Aun cuando la regulación legal sólo refiere el avalúo respecto a la cuantificación de daños (a través del procedimiento previsto en los arts. 712 y siguientes LEC) entendemos que no cabe otra interpretación que extender dicho mecanismo a la valoración de las instalaciones y plantaciones sobre las que ha de pronunciarse el tribunal. En este sentido, SABATER I SABATE afirma: «para el caso contemplado en el artículo 703.2 en orden a la reclamación por el ejecutado acerca de la titularidad de cosas no separables, observamos que no se dispone trámite a seguir para cuantificación de lo que la Ley denomina “abono de su valor”. Entendemos que se trata de un puro olvido y que por aplicación analógica de lo dispuesto para la entrega de bienes muebles en el art. 701.3, corresponde el trámite previsto en los artículos 712 y sigs.» (Sabater i Sabaté, Josep Maria, «Primeros conflictos, problemas y dudas en la ejecución de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil», en *Estudios sobre la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil*, CGPJ-Generalitat de Catalunya, (Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada), s.l., 2003, pág. 284). Por otra parte, ¿cómo proceder al avalúo de las mejoras si no se ha dejado constancia del estado del inmueble en el momento del lanzamiento? ¿habrá acaso que proceder a una nueva prueba sobre la existencia de tales mejoras?; además, no haciendo constancia de las mejoras en el momento del cambio posesorio ¿no se deja abierta la posibilidad de su destrucción por el ejecutante?. Parece que la solución adecuada es la constancia de las mejoras durante la diligencia de lanzamiento.



normas reguladoras del incidente para abono de daños (que sí las contempla) ya que son un *prius* lógico para la resolución ulterior sobre el deber de abono, resolución que en ellas pierde sentido. También incompleta es la regulación que el art. 703.3 LEC hace del incidente para el abono de los daños causados al inmueble. En este caso sí se menciona expresamente tanto la tarea procesal de constancia de los deterioros durante la diligencia de lanzamiento («de hacerse constar en el lanzamiento la existencia de desperfectos»)<sup>173</sup> como el avalúo posterior de los daños (que «se liquidarán [...] de conformidad con lo previsto en los artículos 712 y siguientes»), pero, en cambio, no se alude a la condena al abono de dichos daños ya constatados y valorados. Como en el supuesto de abono de las mejoras, tal declaración es una exigencia lógica del mecanismo articulado. Por otra parte, el abono de los daños queda protegido cautelarmente por la «retención y constitución en depósito» de bienes del demandado orientada a garantizar el abono (art. 703.3 LEC)<sup>174</sup>.

La reclamación de retirada de bienes muebles, aunque también pueda formularse a través de un proceso declarativo autónomo, encuentra en el incidente previsto en el

---

<sup>173</sup> No lo contemplaba la LEC de 1881 en su art. 1602, limitándose a prever el embargo de bienes para hacer frente a su abono exigiendo la interposición ulterior de una demanda pidiendo la ratificación del embargo como embargo preventivo. PEREDA GÁMEZ reclamaba la relevancia de esta constancia: «un problema añadido es el de la acreditación de la pérdida o de los menoscabos del bien cuando se produce la entrega, en aras, en su caso, a acción de indemnización por daños. Nada impide hacer constar en la diligencia judicial de toma de posesión el estado del inmueble. El particular por su lado puede llevar a cabo los medios de prueba preconstituida que crea oportunos (actas notariales, etc.). La jurisprudencia ha admitido incluso la presencia de un perito aparejador en la Comisión judicial que se constituya en los locales litigiosos para la diligencia de entrega judicial de la posesión (STS de 17 de marzo de 1979)» (Pereda Gámez, «Ejecución de condenas de dar, hacer y no hacer y liquidación de títulos ejecutivos y ejecución de sentencias» AA. VV. (Pereda Gámez, dir.) *Ejecución de Sentencias Civiles (II) La vía de apremio*, CGPJ, Madrid, 1997, pág. 47).

<sup>174</sup> En este sentido, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, la califica de «medida cautelar» (Fernández-Ballesteros, M. A., *ibidem*, pág. 421); ORTELLS RAMOS, de «embargo preventivo» (Ortells Ramos, M., *La ejecución de condenas no dinerarias...*, 2005, cit., págs. 193 y 194). En cambio, SANTOS MARTÍNEZ entiende que su naturaleza no puede ser cautelar pues «no es posible hablar de embargo porque no existe pronunciamiento ejecutivo sino hasta que se resuelve el incidente. Podría decirse que se trata de una cuestión sustantiva: el derecho de retención (art. 1780 CC) que tiene el ejecutante hasta que se le abone lo que se le deba por desperfectos en la vivienda» (Santos Martínez, A. M., *La ejecución del desahucio de vivienda*, 2009, cit., pág. 312). Esta última opinión, aparece desmentida por el hecho de quedar sin efecto la retención y depósito si con posterioridad no se reclama el abono de los daños. Sin embargo, es cierto que el derecho de retención del arrendador es uno de los mecanismos legales para resolver situaciones de cambio posesorio que la LEC sustituye por los descritos cuando tal cambio posesorio se produce por medio de la intervención judicial (lanzamiento).

párrafo segundo del art. 703.1 LEC un original mecanismo *ad hoc* que evita la litigiosidad que podría surgir en caso de cesar el demandado, propietario de los mismos, en su posesión y entrar en ella el ejecutante no propietario. En este último caso, el nuevo poseedor del bien inmueble quedaría en una situación injusta, al arrojarse sobre él (como consecuencia de un incumplimiento del demandado que no retiró sus propios bienes) una carga de custodia y conservación o de transporte y puesta a disposición<sup>175</sup>. Para evitar esta irracional e injusta consecuencia (que el ejecutante quede sometido a un deber como consecuencia del incumplimiento ajeno) y para permitir, en cambio, la toma de posesión, sin cargas, del inmueble, el incidente regulado en el art. 703 LEC tutela al demandante otorgando efecto constitutivo a la conducta del demandado que no obedece el requerimiento judicial de retirada de bienes (en el que fue advertido de las consecuencias de no retirarlos). El efecto consiste en que los bienes muebles que el ejecutado no haya retirado en el plazo que se le indicó en la intimación judicial se presumirán abandonados a todos los efectos, con lo que el ejecutante se libera de las cargas que lo convertían en una especie de servidor de la posesión ajena y que entrarían en juego precisamente en el momento del lanzamiento/cambio posesorio.

Debe resolverse la cuestión de si esta presunción es *iuris tantum* o *iuris et de iure*. De los términos empleados por la LEC y la finalidad de la norma parece que se trata de una presunción sin posibilidad de prueba en contrario, por lo que entrará en juego, en todo caso, la regla relativa a las cosas abandonadas, pudiendo el propietario del inmueble quedarse con ellas si así lo desea o deshacerse de ellas en caso contrario. Se trata de una regla delimitadora del derecho de propiedad que establece una condición para su conservación: la posesión de los bienes de los que se ostenta la propiedad no se puede mantener en un inmueble del que se ha sido desalojado legalmente una vez requeridos por el tribunal al desalojo (en el marco

---

<sup>175</sup> ROBLES GARZÓN sostiene, en este sentido, que con la norma que nos ocupa (703.1.II) «la ley ha venido a poner coto a diversas corruptelas que hasta el momento los ejecutados venían manifestando para “retrasar” e incluso “abortar” la efectividad de la entrega. Estas eran la de tener en el inmueble objeto de la condena determinados bienes muebles y no retirarlos de ellos. Con esto conseguían retrasar la entrega ya que el ejecutante debía obtener del juez la orden de retirada de los muebles y debía, en principio a costa del ejecutante, proceder al traslado y depósito de los mismos que no es tarea fácil ni cómoda» (Robles Garzón, Juan Antonio, *Exposición de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo blanch, edición digital, apartado VIII (núm. 1180).

del proceso de ejecución), pues transcurrido el plazo otorgado, se pierde la titularidad de dichos bienes. Es decir, aunque se califique de presunción (*de iure*) se trata de un efecto jurídico *ex lege*, una delimitación del derecho de propiedad (del demandado) en garantía de la propiedad (del demandante, quien vería mermada su disponibilidad del inmueble o tendría que gastar su dinero en conservar los bienes ajenos)<sup>176</sup>.

Siendo una norma excepcional que, además, delimita un derecho fundamental (a la propiedad privada), debe interpretarse restrictivamente y conforme al principio de proporcionalidad<sup>177</sup>. De este modo, entendemos que la presunción (*iuris et de iure*) de abandono (la pérdida de propiedad, consecuencia *ex lege* de la no retirada) sólo afectará a bienes expresamente identificados o identificables a partir de los términos

---

<sup>176</sup> Como señala FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, «nos hallamos, por tanto, ante un precepto de naturaleza eminentemente civil-sustantiva, aunque pensado para dotar de eficacia a una norma procesal» (Fernández-Ballesteros López, M. A., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares...*, 2001, cit., pág. 421). El coste ulterior que para el demandante pueda suponer deshacerse de los bienes podría imputarlo al demandado, como responsable de tales daños, mediante reclamación autónoma de daños y perjuicios aunque sólo si considerando el conjunto de circunstancias la presencia de tales bienes (considerada en su conjunto) supone un daño objetivo (bienes inútiles para el fin al que se destina el inmueble).

<sup>177</sup> GÓMEZ LUCAS la considera una medida «excesivamente drástica» que puede generar al ejecutante un beneficio «ilógico y antijurídico» en el sentido de ser «un beneficio que excede de lo petitionado por el ejecutante al inicio del procedimiento» (Gómez Lucas, Miguel Ángel y Gómez Gil, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Colex, Madrid, 2001, pág. 153). Estamos de acuerdo en que el mayor problema que plantea esta norma es la falta de proporcionalidad: si el ejecutado carece de medios para desalojar el inmueble ¿han de pasar todos sus bienes a poder del demandante sin considerar su valor, sus posibilidades de venta, etc.,?. Una solución más matizada en todos los sentidos era la contenida en la enmienda n.º 1363, presentada por el Grupo Parlamentario Catalán CiU, para el lanzamiento seguido en ejecución de la sentencia de desahucio. Proponía dicha enmienda un art. 706 bajo la rúbrica «Ejecución forzosa de la sentencia de [sic. falta seguramente la palabra *desahucio*] fincas urbanas. Lanzamiento» cuyo apartado 2. establecía: «Cuando se hallasen bienes muebles o semovientes no retirados antes por el demandado, se considerarán abandonados y quedarán a la libre disposición del arrendador, salvo que el demandado manifestase lo contrario, antes o durante la diligencia, en cuyo caso deberá nombrarse un depositario. El actor puede optar por exigir que permanezcan o que se extraigan los bienes muebles, abandonados o no, salvo lo previsto en el párrafo segundo de este apartado [tercería sobre los muebles con solicitud de depósito], y en su caso exigir que se depositen en el lugar que indique o bien, que el tribunal se haga cargo de ellos y los traslade en el lugar que estimen oportuno. Los bienes que se constituyen en depósito que tengan algún valor deberán inventariarse, así como los que se consideren abandonados, si lo pidiese el actor. Si se hubiese decretado el embargo preventivo de bienes y no hubiesen quedado afectos los bienes muebles que se hallasen en la finca, podrá ampliarse su traba en el mismo acto, a solicitud del actor. Los gastos que produjese el lanzamiento van a cargo del demandado, así como los del depósito conforme lo previsto en el artículo 631. Todas las vicisitudes que se produzcan en los anteriores trámites deberán consignarse en la diligencia que al efecto se levante».

expresos de la orden de retirada sin que sea admisible una formulación genérica (del tipo: «todos los bienes contenidos en el inmueble»); de este modo, los bienes sobre los que no se haya efectuado expresa advertencia al ejecutado no podrán considerarse abandonados. Por otra parte, conforme al principio de proporcionalidad no cabe que la medida tenga consecuencias irracionalmente desproporcionadas: pensemos en el caso de una orden de desalojo que mencione «un armario con toda su ropa» resultando que el demandado ha olvidado en alguna de dichas prendas, joyas, dinero en efectivo, un billete de lotería...). Tampoco podrán considerarse abandonados bienes de terceros que, eventualmente, se hallen en poder del ejecutado. Recuérdese que según el art. 464 del CC «el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea»<sup>178</sup>.

### *3.2. Actividad incidental para determinar la legitimación de terceros ocupantes*

#### *3.2.1. Sistemática legal*

En los artículos 675 —apartados 2 a 4— y 704.2 LEC se regulan los trámites procesales que en el curso del proceso de ejecución para la entrega de la posesión inmediata de un bien inmueble permiten al Tribunal resolver sobre la posición jurídica que ostentan frente al proceso de ejecución aquellos ocupantes del inmueble objeto de lanzamiento que siendo distintos del ejecutado frente al que se ha despachado ejecución (y de las personas posesoriamente dependientes de éste) alegan una razón jurídicamente fundada (una causa o título) para permanecer en él.

La pieza central de estos trámites consiste es un incidente declarativo y contradictorio que se inicia por el demandante al solicitar que la actividad de

---

<sup>178</sup> En contra, CANTO PRIMO, para quien «a los terceros siempre les quedará, en su caso, la tercería de dominio, o el artículo 593 LEC, aplicable por analogía (ya que lo normal es que el arrendatario, sabiendo que no son suyos, saque del inmueble estos bienes y los devuelva a su titular). Es llevar demasiado lejos la falta de preocupación de una persona sobre sus bienes, y sobrecargar de obligaciones al arrendador que recupera la posesión de su inmueble, obligarle a ocuparse de averiguar quien es legítimo titular de los posibles bienes que encuentre en su inmueble, lo que resultaría una operación fatigosa y de resultados inseguros (téngase en cuenta lo dispuesto en el art. 448 CC)» (Cantó Primo, Yolanda, «Comentario al Capítulo X (Normas procesales.— Artículo 33) de la LAR», en AA. VV., *Comentarios a la LAR...*, cit., pág. 670).

ejecución se dirija o extienda frente a terceros ocupantes que no figuran en el título (ni dependen de quienes sí lo hacen). El incidente así instado, posibilita la intervención y audiencia de los terceros (salvaguardando con ello el derecho de defensa que reconoce el art. 24 CE) y permite al tribunal resolver si el lanzamiento puede dirigirse válidamente frente a ellos. Es decir, se trata de un incidente que valorando la legitimación pasiva de los terceros frente al lanzamiento permite dirigirlo sobre a ellos: verdadera novación subjetiva del proceso de ejecución. Sin merma del derecho de defensa, se evita al demandante un ulterior proceso y, por consiguiente, se incrementa la efectividad de la tutela (sobre todo desde el punto de vista del derecho a un proceso sin dilaciones). El desarrollo de este incidente declarativo y contradictorio, si bien previsto en los artículos citados (así como en el art. 661 LEC, en este caso como incidente del proceso de ejecución dineraria, con carácter previo a la publicidad de la subasta), está regulado en el párrafo 3 del artículo 675 LEC, al que se remiten tanto el párrafo segundo del art. 704.2 LEC como el párrafo primero del artículo 661.2 LEC<sup>179</sup>.

Junto al trámite central constituido por el incidente reseñado (y regulado de manera uniforme en todos los supuestos en que se aplica —arts. 661.1, 675.2 y 704.2--), hay otros dos trámites o conjuntos de actuaciones procesales que contribuyen, de distinta manera, a la misma finalidad que el incidente. Por una parte, el párrafo primero del art. 704.2 LEC regula, como prólogo al incidente declarativo contradictorio, un trámite meramente informativo (en cuanto no culmina con una resolución jurisdiccional) cuya función es facilitar la decisión del ejecutante respecto a la necesidad del incidente declarativo ulterior (que sólo se origina a instancia de parte). Consiste este incidente en otorgar un plazo al ocupante para que presente al tribunal la titulación que crea puede amparar su ocupación. Además de la función informativa dirigida al demandante de ejecución, en el supuesto regulado en el art. 661.1 LEC, ubicado en sede de ejecución dineraria, la función informativa del trámite se dirige más bien a los futuros postores en la subasta (función que

---

<sup>179</sup> Al apartado 4 del art. 675 LEC, que hace referencia a la eficacia del auto resolutorio del incidente (anunciando que éste carece de efecto de cosa juzgada material) también se remite expresamente el párrafo segundo del art. 704.2 LEC. No así el art. 661.2 LEC que regula autónomamente la eficacia del auto recaído en el incidente, aun cuando únicamente en referencia a la resolución que afirma el derecho a permanecer en el inmueble.

MARTÍN DIZ califica de «admonitorio-preventiva»<sup>180</sup>, mediante la publicación de la documentación eventualmente presentada por el ocupante —o de su ausencia— en el anuncio de la subasta (arts. 661.1.II LEC). Este trámite informativo no ha sido contemplado expresamente en el art. 675.2 LEC, extremo sobre el que habremos de pronunciarnos más adelante.

Todavía con carácter previo a los dos anteriores trámites (incidentes declarativo contradictorio e informativo) se puede desarrollar un tercer trámite. Aunque mencionado expresamente en el texto de los artículos citados, este trámite es también exigencia de una interpretación sistemática: el tribunal ejecutor debe constatar *prima facie* la presencia en el inmueble de terceros ocupantes distintos del ejecutado y de quienes de él dependan. En efecto, el art. 704.2. LEC establece, en su primer párrafo, que el supuesto de hecho de toda la actividad procesal relativa a terceros ocupantes del inmueble que venimos exponiendo es la constatación de ocupación del inmueble por personas «distintas del ejecutado y de quienes con él comparten la utilización de aquél». El Tribunal debe valorar, por consiguiente, antes de reclamar de los ocupantes la presentación de los títulos que amparan su ocupación (y antes de que, en su caso, el demandante solicite el desarrollo del incidente contradictorio), si dichos sujetos pueden considerarse incluidos en el supuesto de hecho descrito, pues, en caso contrario, no procede el desarrollo de ninguno de los trámites subsiguientes. Este trámite previo no está regulado en el art. 675 LEC; sobre esta divergencia también nos habremos de pronunciar más adelante.

La razón de regular instrumentos procesales similares en tres artículos diferentes está justificada por cuanto, si bien todos ellos pretenden determinar la posición de los ocupantes de un inmueble frente a una eventual desposesión en el curso de un proceso en el que —inicialmente— no son partes, la oportunidad de esta determinación tiene sentido en procesos de distinto tipo, en diferentes momentos procesales y con un diferente alcance. En efecto, la necesidad de resolver sobre la situación jurídica en que se hallan frente al lanzamiento quienes ocupan el inmueble

---

<sup>180</sup> MARTÍN DIZ, Fernando, «Intervención y eventual desalojo de los ocupantes en la ejecución judicial de bienes inmuebles. Novedades de la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil», *Revista Jurídica La ley*, núm. 5147, de 25 sept. 2000, (año XXI), págs. 1 a 7.

sin haberse despachado la ejecución frente a ellos, puede adquirir relevancia tanto en procesos de ejecución no dineraria en los que se aspira a la entrega del inmueble (supuesto de hecho contemplado por los arts. 704.2 y 675.2 LEC), como en procesos de ejecución dineraria, en los que el demandante únicamente aspira a la entrega de una cantidad de dinero pero dicha suma se ha de obtener mediante la venta de un inmueble del demandado que está ocupado por un tercero, lo que influirá en el precio de venta en la subasta (art. 661.2 LEC)<sup>181</sup>. Por tanto, en el proceso de ejecución dineraria la declaración sobre la situación jurídica de los terceros ocupantes está llamada a tener una función inmediata referida al propio proceso en que se desarrolla el incidente y una función mediata con relación al futuro lanzamiento. La primera consiste en favorecer la valoración económica del inmueble por los licitadores (que dependerá de la mayor o menor dificultad estimada de obtener posteriormente su posesión)<sup>182</sup> incrementándose la transparencia y la seguridad jurídica de la operación. Este efecto inmediato o actual se consigue mediante la publicación de la información sobre la situación del tercero en el anuncio de la subasta, lo que, a su vez, condiciona que el momento procesal adecuado para el desarrollo de los trámites sea el momento anterior a dar publicidad a la subasta. El efecto que hemos denominado mediato o posterior (el eventual sometimiento del ocupante a una ejecución no dineraria, es decir, su deber de entrega del inmueble) sólo se produce una vez iniciado, a instancia

---

<sup>181</sup> El apartado 2 del artículo 661 LEC fue introducido en el Informe de la ponencia de la Comisión de Justicia e Interior del Senado (BOCG-154-E/Y/F, de 22 de noviembre de 1999) a propuesta del Grupo Parlamentario Popular (enmienda núm. 286: BOCG Serie Proyectos de ley núm. 154 D de 27 de octubre de 1999). La justificación de la enmienda era «Permitir que la incertidumbre sobre la situación posesoria de la finca quede despejada antes de la subasta. Aunque esto puede suponer una cierta complicación de la ejecución, se obtendría a cambio la ventaja de que los postores contarían con una información más precisa y, en los casos en que se declare que los ocupantes no tienen derecho a permanecer en la finca, podrían obtenerse mejores precios. Al dejarse en manos del acreedor que se promueva o no este incidente, será él quien decida si le conviene demorar la realización a cambio de una mayor certeza en la subasta o si prefiere sacrificar esta mayor certeza en aras de la rapidez». Otra versión, propuesta por CiU a través de la enmienda núm. 375 (BOCG Serie Proyectos de ley núm. 154 D de 27 de octubre de 1999) y rechaza por la ponencia, incluía el recurso de apelación para el auto dictado en este incidente y, además, lo limitaba a la ejecución hipotecaria. Por otra parte, el apartado 2 del art. 675 LEC fue introducido en el mismo trámite y también a propuesta del PP (enmienda núm. 290, *ibidem*) para armonizarlo con la enmienda introducida en el art. 661; su justificación era: «Coordinar lo dispuesto en este artículo con la enmienda de adición de un nuevo apartado segundo al artículo 661».

<sup>182</sup> «La situación posesoria incide muy notablemente en el precio a obtener en la subasta y es conveniente dilucidar dicha cuestión antes de la misma» (Franco Arias, Just, «Comentario al artículo 661», en AA. VV., *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 3323).

del adquirente del inmueble, el proceso de ejecución para la entrega de su posesión. Esta ejecución se fundamenta, como hemos expuesto *supra*, en el título ejecutivo constituido por el testimonio del decreto de adjudicación del inmueble —y de las demás circunstancias exigidas por el art. 674 LEC— al que se unirá, como fundamento de la ampliación de responsabilidad al ocupante, el auto declarando la falta de derecho del tercero a permanecer en el inmueble. Por lo que respecta a este efecto indirecto o mediato, debe notarse que la resolución del incidente declarativo contradictorio en el curso del proceso de ejecución dineraria se dicta siempre sometida a una condición suspensiva: el Tribunal declara en su resolución «que el ocupante u ocupantes no tienen derecho a permanecer en el inmueble, *una vez que éste se haya enajenado en la ejecución*». En el proceso de ejecución no dineraria, en cambio, la declaración sobre la situación jurídica de los terceros ocupantes tiene una única finalidad: determinar la extensión subjetiva del lanzamiento por lo que la resolución que se dicte, determinando si el ocupante u ocupantes lo son de mero hecho o tienen título suficiente, afecta de modo directo e inmediato la actividad procesal de entrega posesoria ya en curso (arts. 675.3 y 704.2 LEC).

### 3.2.2. Antecedentes.

Como antecedente inmediato del incidente declarativo y contradictorio para determinar el alcance de la legitimación pasiva en el proceso para la entrega de bienes inmuebles, la doctrina señala la jurisprudencia constitucional construida en su día al enjuiciar la constitucionalidad del lanzamiento de terceros ocupantes en el proceso de ejecución hipotecaria del art. 131 LH (antes de su reforma por LEC 1/2000)<sup>183</sup>. Más concretamente, se menciona como precedente clave la STC 6/1992, de 16 de enero<sup>184</sup>, en cuanto en ella no sólo se negaba la posibilidad,

---

<sup>183</sup> En este sentido, PÉREZ GURREA, Rosana, «La resolución del derecho del arrendador en la ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos», RCDI, núm. 703, sept-oct. 2007, pág. 1219; ACHÓN BRUÑÉN, María José, Achón Bruñén, «La problemática relativa al desalojo de los terceros ocupantes de inmuebles subastados», RCDI, núm. 681 (enero-febrero de 2004), pág. 4); CORDÓN MORENO, Faustino, *El proceso de ejecución*, Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 359.

<sup>184</sup> STC 6/1992, de 16 de enero (recurso de amparo, Sala primera; ponente: García-Mon y González-Regueral); el arrendatario tuvo conocimiento extraprocésal de la subasta de la vivienda que ocupaba como inquilino, presentando un escrito al juzgado por el que se le tuvo por comparecido, pero no por parte, sin darle traslado de las actuaciones aunque sí del escrito del ejecutante solicitando la adjudicación de la finca; igualmente tuvo conocimiento extraprocésal del exhorto para que se



procediera a su lanzamiento, solicitando la suspensión de las medidas interesadas, sin obtener respuesta; la solicitud de nulidad de la diligencia de lanzamiento tampoco fue atendida. Para el TC, si bien la posibilidad abierta a los interesados de acudir al oportuno proceso declarativo para la defensa de sus derechos que prevé el art. 132 de la LH, ha permitido declarar la constitucionalidad del denominado procedimiento judicial sumario del art. 131 LH, «[...] de esta afirmación no puede deducirse que constituya jurisprudencia firme la de que todo tercero ajeno al procedimiento judicial sumario del art. 131 de la LH se vea inerte ante el mismo, caso de ser afectado como tercero, y garantizado en todo caso en su derecho a la tutela judicial, dada la oportunidad de “ejercer el juicio declarativo correspondiente” que le reconoce la ley, ya que esta conclusión podría ser cierta en determinados casos, pero no en todos, dependiendo ello de las circunstancias, que no son siempre las mismas [...] el lanzamiento coloca a la arrendataria —sin ser oída en juicio— en posición notoria y gravemente disminuida para una eficaz defensa de su derecho, obligándola a interponer una demanda de juicio declarativo para reponerla en la posesión, de la que ha sido unilateralmente privada» (FJ 6.º); «[...] la resolución judicial dictada en el trámite último del procedimiento sumario hipotecario, en cuanto impone el desalojo y lanzamiento de la actual arrendataria, sin que ésta haya podido hacer valer sus derechos e intereses ante los órganos jurisdiccionales vulnera la garantía constitucional contenida en el art. 24.1 C.E., dando lugar a un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa de la demandante de amparo y produciéndose así una indefensión constitucionalmente amparable en esta sede» (FJ 6.º); el desalojo y lanzamiento de la arrendataria que ocupaba la vivienda objeto de la ejecución hipotecaria regulada en el art. 131 L.H., «requiere, pues, como exigencia constitucional, que sea oída y vencida en un procedimiento contradictorio, con igualdad de armas entre las partes y con todas las garantías procesales establecidas en las leyes. [...]. En consecuencia, la cuestión del lanzamiento de la arrendataria por el nuevo propietario deberá ser resuelta en un nuevo proceso ordinario en el que la hoy recurrente de amparo sea parte y tanto ella como la entidad adjudicataria hagan valer sus derechos [...]» (FJ 7.º); «El legislador podrá (y quizá convenga que lo haga) introducir una nueva previsión en el proceso del artículo 131 de LH que permita la comparecencia en él con igualdad de armas procesales del arrendatario de la finca hipotecada. Pero en tanto no lo haga y por respeto al mayor valor de los derechos fundamentales (en este caso, el de la prohibición de la indefensión) la arrendataria no podrá ser lanzada sin haber sido parte en la única vía procesal posible que no es otra que el proceso declarativo ordinario» (FJ 7.º, *in fine*).

La referencia a los aspectos materiales del caso (la extinción o no del arrendamiento urbano concertado con posterioridad a la hipoteca una vez se realiza ésta) sólo tiene por función determinar la razonabilidad —en abstracto— de la exigencia de audiencia que el Tribunal impone: si a pesar de la falta de audiencia al ocupante fuera imposible entender justificada la ocupación ¿qué sentido tendría darle audiencia?; de ahí que el TC sostenga que «no se trata aquí de terciar en la cuestión que corresponde dirimir a la jurisdicción ordinaria de saber si la ejecución hipotecaria extingue el arrendamiento que se concertó con posterioridad a la constitución del derecho real de hipoteca o si, por el contrario, la relación arrendaticia es compatible y mantiene su eficacia frente al adjudicatario de la finca en razón a la protección especial que regula tales contratos o, en otras palabras, si el arrendamiento no es perjudicado por la realización de la hipoteca recayente sobre el piso arrendado, cuestión ésta en la que, por cierto, la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo se inclina por realzar la fuerza del vínculo arrendaticio»; razonabilidad que lleva al TC en ulteriores sentencias a estimar que si “prima facie” no existe tal posibilidad (abstracta) de subsistencia de la ocupación no cabe mantener en la posesión con base en una mera ocupación.

Vid. MONTSERRAT VALERO, A. «La ejecución de hipoteca y la extinción de los arrendamientos urbanos posteriores a su constitución en la jurisprudencia del TC y del TS», RJC, 1992/3, págs. 119-132; CARRASCO PERERA, A., «Alquileres e Hipotecas: costes y principios de protección (A propósito de la STC 6/1992, de 13 de enero)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 1, 1993, págs. 225 a 287; Sobre la abundante bibliografía relativa a esta sentencia vid. REDONDO GARCÍA, F., *La entrega de la posesión en los procesos de ejecución de inmuebles*, 2002, cit., pág. 99, nota 21; LASARTE ÁLVAREZ, C., «La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 131 de la Ley

desde el punto de vista constitucional, de proceder al lanzamiento del arrendatario en un proceso de ejecución hipotecaria por los trámites del art. 131 LH sin darle audiencia, sino que también se negaba la posibilidad, en términos constitucionales, de otorgar dicha audiencia en el marco de la normativa vigente (mediante un incidente atípico de construcción jurisprudencial) sugiriendo al legislador la conveniencia de regular un incidente declarativo y contradictorio en el proceso de ejecución para determinar, con audiencia del arrendatario ocupante, su sometimiento a la ejecución. Esta línea jurisprudencial se vio continuada por la STS 21/1995<sup>185</sup>. Tal incidente sería el que, atendiendo la sugerencia del TC, habría regulado la LEC 1/2000 en los arts. 661.2, 675.2, 3, 4 y 704.2 LEC.

Sin embargo, al analizar la jurisprudencia constitucional se constata que la anterior corriente interpretativa fue matizada por otra iniciada en 1994 (con el Auto del TC 309/1994<sup>186</sup>) y consolidada en años sucesivos, sobre todo tras la

---

Hipotecaria», Revista Tapia, núm. 83, sept. 1995, págs. 22 a 29; Más bibliografía en MORAL MORO, M.<sup>a</sup> José, *La subasta judicial de bienes inmuebles*, 2000, cit., pág. 373, nota 168.

<sup>185</sup> La STC 21/1995, de 24 de enero (recurso de amparo; Sala primera), estimó, por ser contrarias al derecho a la tutela judicial efectiva, la nulidad de las resoluciones judiciales dictadas en un procedimiento de ejecución hipotecaria del art. 131 LH, que acordaron el lanzamiento del arrendatario y su esposa con el fin de otorgar la posesión de la finca al adjudicatario, afirmando que «A la luz de lo expuesto es obvio que el actor [en el recurso de amparo] no fue parte en el procedimiento de ejecución porque, de acuerdo con la interpretación razonablemente mantenida por el juzgador de la normativa que resultaba de aplicación (arts. 131 y 132 LH) no estaba previsto cauce alguno para su intervención, y por ello, no tuvo ocasión de hacer alegaciones y probar sobre la existencia y validez del contrato de arrendamiento suscrito en su día [...], ni sobre la eventual vigencia del contrato tras la adjudicación de la finca. Pese a lo cual, el juzgador se pronuncia sobre la existencia del contrato de arrendamiento y su eficacia frente a terceros, ordenando el lanzamiento como consecuencia de las conclusiones a las que previamente ha llegado sobre estos extremos»; «[...] la exigencia de tutelar el derecho a discutir la viabilidad de un derecho nacido de una relación contractual que merece protección específica [...] obliga a una interpretación y aplicación del art. 132 L.H. que elimine aquellos efectos no queridos o, al menos, en contradicción flagrante con el derecho fundamental a la defensa y con normas de derecho necesarias, dado que el lanzamiento coloca al arrendatario, sin ser oído en juicio, en posición notoria y gravemente disminuida para una eficaz defensa de su derecho».

<sup>186</sup> El ATC 309/1994, de 14 de noviembre (recurso de amparo, Sala primera) niega el amparo en un supuesto en el que el arrendatario lo era en virtud de un contrato de arrendamiento celebrado con posterioridad al inicio del procedimiento del art. 131 LH, estimándolo fraudulento. En el ámbito material, la clave está, según el TC, en la aptitud “*potencial*” del derecho esgrimido (o la apariencia mostrada) para reclamar una consideración más ponderada en un proceso ulterior, por ello, para el TC la garantía de defensa exigible varía según el caso concreto: «El asunto que se presenta a nuestro juicio —dice el TC— se funda [...] en la doctrina sentada en la STC 6/1992 a propósito de la exigencia de que el arrendatario de finca ejecutada deba ser oído en procedimiento contradictorio y con todas las garantías. Pero es de observar que esta conclusión fue formulada en un supuesto de arrendamiento

## Sentencia del Pleno del TC 158/1997<sup>187</sup> y ulteriores sentencias: SSTC 174/1997,

de vivienda con prórroga forzosa (art. 57 LAU, en su anterior redacción) anterior al inicio del procedimiento de apremio y sin que mediara en el caso sombra alguna de fraude. Ninguna de estas circunstancias —que tiñe esa doctrina de un sentido teleológico acusado—, se da en el presente supuesto, en el que lo que está en juego es un arrendamiento de local de negocio, por quince años, con merced antieconómica, y posterior al comienzo del procedimiento ejecutivo, circunstancias todas ellas que llevan al órgano juzgador a considerar fraudulento el arrendamiento concertado y que, conforme a una jurisprudencia constante del Tribunal Supremo en los últimos años, excluyen la especial protección de que puede ser merecedor el arrendatario de buena fe de vivienda hipotecada» (FJ 3). En el caso descrito basta la audiencia que se tuvo y la posibilidad de un proceso ulterior: «De acuerdo con una reiterada doctrina del Tribunal (desde la STC 41/1981 hasta la STC 296/1993, que cita otras muchas, entre las que se encuentra precisamente la STC 6/1992), en todo caso, la limitación de controversia susceptible de ser planteada en el procedimiento del artículo 131 de la LH no vulnera el derecho de defensa consagrado en el art. 24 CE, pues en todo caso queda abierta la vía del juicio declarativo ulterior. Esta posibilidad de accionar en la vía ordinaria —que los pronunciamientos recurridos no excluyen—, pese al entendimiento de que parece partir el demandante, según la línea jurisprudencial de este Tribunal, haría de por sí inviable la admisión del amparo; pero además, como determina el Auto de la Audiencia y argumenta el Ministerio Fiscal, el arrendatario del local tuvo “la oportunidad procesal de ser oído y de exponer y defender sus posibles derechos en cuanto se le tuvo por parte interesada en este proceso”» (FJ 2).

<sup>187</sup> STC 158/1997, de 2 de octubre (recurso de amparo, Pleno, ponente: Gabaldón López, José); en este caso quien recurre en amparo es la arrendataria —por subrogación tras el fallecimiento de su marido— de la vivienda que resultó adjudicada en proceso de ejecución hipotecaria seguido contra el matrimonio formado por su hija y yerno; el recurso de dirige contra la providencia que dictó el Juzgado ordenando la puesta en posesión de la finca y el consiguiente desalojo de la recurrente. La avocación al Pleno de este recurso de amparo se acordó, como se dice en la propia Sentencia (antecedente 8 y FJ 1), para salvar la contradicción (inexistente según el voto particular) entre las SSTC 6/1992 y 21/1995 —que exigían la audiencia contradictoria del tercero para ser desposeído—, y la línea jurisprudencial anterior a las mismas que no consideraba necesaria dicha audiencia afirmando que el juicio declarativo ordinario al que se remite el art. 132 de la L.H. garantiza suficientemente la tutela efectiva de los terceros poseedores. Declara la sentencia que «[...] será en el examen de cada caso donde el órgano judicial competente podrá apreciar, según las singulares características de la situación posesoria, si ésta debe subsistir. De lo cual resultará si es el poseedor o bien el ejecutante quien haya de acudir al ulterior juicio en garantía de sus derechos [...] el proceso de la Ley Hipotecaria no impide que los poseedores, en el momento de ser requeridos para el desalojo y ulterior lanzamiento, puedan exhibir un título cuya eficacia sólo a efectos de la ejecución habrá de valorar el Juez, pero si se opone, por su propia naturaleza, a que en el mismo proceso se agregue como apéndice final otro procedimiento contradictorio no previsto en la Ley» (FJ 5.º); «[...] las diligencias de requerimiento de desalojo y de lanzamiento otorgan a los poseedores la posibilidad de alegar un derecho que en su caso pueda tener fuerza para enervarlas y que, en cuanto determine una decisión fundada del órgano jurisdiccional adoptada en el ámbito de la legalidad ordinaria, no es susceptible de revisión por este Tribunal» (FJ. 6); «[...] la decisión en cada una de las situaciones posesorias, como cuestión de legalidad, habrá de acordarse por el Juez o Tribunal estableciendo si ha de hacerse efectivo el lanzamiento en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria, o bien si, por constatar que existe un título que resulta suficiente para amparar la continuidad de su situación posesoria, aquella diligencia no debe llevarse a cabo» (FJ 6.º); «Procede, pues, en este caso la desestimación del amparo por cuanto el recurso se fundaba en la lesión del derecho a la tutela sin indefensión del arrendatario recurrente. Y sin entrar en consideración alguna acerca de un eventual otorgamiento del alegado contrato arrendaticio en fraude de ley (cuestión de legalidad sobre la cual los órganos de la jurisdicción no han emitido juicio), la consideración de que la ahora demandante pudo intervenir en las diligencias de ejecución lleva a esa consecuencia. [...] no tuvo lugar ni a espaldas de los poseedores ni sin que

de 27 de octubre; 223/1997, de 4 de diciembre; 227/1997, de 15 de diciembre; 42/1998, de 24 de febrero; 58/1997, de 2 de octubre), según la cual se admitía que Tribunal de instancia podía valorar el derecho de permanencia del tercero ocupante sin necesidad de desarrollar incidente alguno, a condición de permitir a dicho tercero, por cualquier medio, exhibir el título en que pretendiese amparar su ocupación, de modo que el tribunal pudiera valorarlo «prima facie»<sup>188</sup>. De este modo, puede afirmarse que el Tribunal Constitucional llegó a plantear dos vías alternativas para valorar la situación del ocupante (normalmente arrendatario) frente al proceso de ejecución hipotecaria: el desarrollo de un incidente declarativo y contradictorio (planteamiento de *lege ferenda*) y la valoración «prima facie» del título aportado (planteamiento de *lege data*).

El legislador de la LEC 1/2000 parece haber acogido plenamente la primera propuesta, creando el incidente declarativo de intervención de los ocupantes que el TC había sugerido con su primera línea jurisprudencial. Pero, de algún modo, la actual regulación acoge también la segunda solución al regular el que hemos denominado incidente «informativo» con el cual el ocupante es requerido a aportar el título de que disponga para justificar su ocupación, aunque, en este caso, la aportación del título no está orientada a la adopción de una decisión judicial (como ocurría en el sistema de creación jurisprudencial), sino a facilitar la decisión del ejecutante quién, a su vista, podrá postular o no el desarrollo del incidente

---

tuvieran ocasión de exhibir lo que en su opinión constituía título bastante para oponerse a la solicitud del adjudicatario de la finca en la subasta.[...]. De suerte que los órganos judiciales, tras conocer el título posesorio (tal como había acaecido en el supuesto de la STC 64/1985), se pronunciaron fundadamente en el plano de la legalidad acerca de la eficacia del mismo para enervar la desposesión con el alcance provisorio que a estas diligencias correspondía y sin perjuicio, obviamente, de la defensa en el juicio» (FJ 7); vid. comentario de LOSCERTALES FUERTES, D., «La ejecución hipotecaria y la subsistencia del arrendamiento», Rev. Tapia, dic, 1997, págs. 5 a 7. En el voto particular formulado por don Fernando García Mon y González Regueral al que se adhieren don Rafael Mendizábal Allende y don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, se afirmaba que la Sentencia rompe con la doctrina constante y uniforme del propio Tribunal según la cual el art. 24 no tolera que «en ningún caso» se produzca indefensión material a los afectados por resoluciones judiciales lo que acontece si los arrendatarios de una finca pueden ser privados de la posesión arrendaticia por la vía del art. 131 LH sin ser oídos ni ser parte en el procedimiento.

<sup>188</sup> NIEVA FENOLL define este tipo de valoración como «aquellos juicios jurisdiccionales en los que, por la imprescindible necesidad de rapidez en la obtención de un pronunciamiento, la ley obliga al juez a juzgar por sus primeras impresiones, aunque restringiendo su campo de decisión habitual» y añade que «es propiamente un enjuiciamiento rápido que puede situarse en casi todos los momentos del proceso, desde la fase de admisión hasta la propia sentencia, sin descartar la fase de admisión de los recursos, según el caso concreto de que se trate» (Nieva Fenoll, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie*, Atelier, Barcelona, 2007, págs. 58 y 60, respectivamente).

correspondiente (regido, por tanto, por el principio de rogación). Debe destacarse, asimismo, que la «sugerencia» formulada por la STC 6/1992 ha sido ampliamente sobrepasada en la LEC 1/2000 pues el incidente declarativo en ella regulado permite extender el alcance subjetivo de la ejecución no sólo en procesos de ejecución hipotecaria, sino en cualquier proceso de ejecución para la entrega de la posesión inmediata de bienes inmuebles, convirtiéndose en un incidente propio de la que hemos denominado fase de lanzamiento.

El antecedente inmediato de la jurisprudencia constitucional reseñada no debe hacernos olvidar otros precedentes al tiempo de promulgación de la LEC: el art. 236 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1995<sup>189</sup> regulaba ya un sencillo y breve incidente contradictorio mediante el que las partes podían alegar y probar cuanto a su derecho conviniese sobre cualquier cuestión incidental que pudiera surgir en ejecución, en tanto que el art. 238 de la misma ley preveía la intervención de terceros en los mismos términos que las partes si alegasen tener un interés legítimo y personal que pudiera verse afectado por la ejecución. Ambos incidentes habían sido invocados por la doctrina como modelo para el incidente propuesto por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 1992<sup>190</sup>. Tales incidentes han sido heredados por la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (arts. 238 y 240).

---

<sup>189</sup> Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

<sup>190</sup> SALINAS MOLINA, Fernando, «Ejecución por obligación de entrega de bienes inmuebles: ocupantes de inmuebles que deban entregarse», en AA.VV., *El Proceso Civil*. Tomo VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, edición digital; también en apartado 909: «Subasta de bienes inmuebles: arrendatarios y ocupantes de hecho»; en el mismo sentido, FRANCO ARIAS, Just, «El procedimiento del art. 131 de la ley Hipotecaria y los arrendamientos constituidos sobre la finca hipotecada (Texto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1992, de 16 de enero y algunas reflexiones sobre la misma)», *Justicia*, 1992, núm. 4 pág. 927; ORTIZNAVACERRADA, Santiago, *La oposición a la ejecución civil: Estudio jurisprudencial*, Actualidad Editorial, Madrid, 1994. Para FRANCO ARIAS «[...] si en una futura reforma se introduce en la normativa del procedimiento hipotecario la posibilidad de que se abra un incidente para dilucidar la extinción o subsistencia de los arrendamientos como propone la Sentencia comentada, hay que ser cuidadoso en el momento de diseñar este incidente al objeto de que con el mismo no pierda buena parte de su eficacia la ejecución hipotecaria intentando menoscabar en la menor medida posible su carácter sumario y la agilidad del trámite con que esta concebida. Entre otras características, el incidente no debería producir efecto suspensivo y debería tener una tramitación sencilla y ágil. Posiblemente debiera optarse por una comparecencia ante el Tribunal quien después de escuchar a las partes y practicar las pruebas necesarias se pronunciara sobre el mantenimiento o extinción del arrendamiento [...] El art. 235 LPL establece un trámite sencillo como el expuesto para solventar los incidentes que se produzcan durante la ejecución» (*ibidem*, pág. 934 y nota 19).

### 3.2.3. *Ámbito subjetivo*

Los diversos artículos que regulan la intervención en el proceso de ejecución de los ocupantes del inmueble distintos del demandado se encargan de identificar determinadas categorías de ocupantes a los que no es preciso ofrecer oportunidad alguna de intervención.

a) Ocupantes cuya ocupación del inmueble depende del ejecutado.

El art. 704.2 LEC excluye expresamente de su participación en el incidente a aquellos ocupantes que «compartan» con el ejecutado la «utilización» del inmueble, concepto que se refiere, en nuestra opinión, a aquellos sujetos cuya razón o causa jurídica de ocupación sea un vínculo con el demandado de tal naturaleza (subordinación jurídica del empleado, subordinación personal del hijo, por ejemplo) que cede al tiempo que la posesión del demandado. Se trata de la misma situación que se califica como situación de «dependencia» respecto del ejecutado («quienes de él dependan») en el primer apartado del art. 704.1 LEC (en este caso para atribuirles el mismo plazo para el abandono del inmueble de que goza el demandado cuando éste constituya también su vivienda habitual)<sup>191</sup>. Esto no quiere decir que

---

<sup>191</sup> MONTERO y FLORS afirman que «Cuando se trata de personas que comparten la utilización del bien inmueble con el ejecutado no se duda de que el lanzamiento puede referirse a las mismas y de que no hay necesidad de hacerles notificación alguna» (Montero Aroca, J.; Flors Maties, J., *Tratado del proceso de ejecución civil*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 2023). SALINAS MOLINA, advirtiendo la ausencia de mención a esta categoría de ocupantes en el art. 675 LEC, considera que «[...] no hace referencia específica a las personas que dependan del ejecutado para su posible inclusión en uno u otro grupo, aunque es defendible, siquiera analógicamente, y de no mediar circunstancias específicas que les otorgaran un particular derecho de permanencia en el inmueble, su equiparación al ejecutado como se efectúa en el art. 704, sin incidencia, por tanto, en su derecho de permanencia ni en la posibilidad de decretar su lanzamiento. En conclusión, de ser los ocupantes del inmueble a entregar el ejecutado o quienes de él dependan, con las matizaciones indicadas, podrá instarse y deberá decretarse su lanzamiento conforme a las reglas generales de no constituir el inmueble vivienda habitual de los mismos, pero de concurrir esta última circunstancia, se debería, analógicamente ex art. 704.1 LEC, flexibilizar el plazo para efectuar el desalojo y consiguiente entrega [...]» (Salinas Molina, Fernando, «Subasta de bienes inmuebles: posesión judicial y ocupantes del inmueble», en AA.VV., *El Proceso Civil*. Tomo VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, edición digital, apartado 923, comentario al art. 675); de este autor, la misma conclusión y por las mismas razones, al comentar el incidente desarrollado en el art. 661 (Salinas Molina, Fernando, «Subasta de bienes inmuebles: arrendatarios y ocupantes de hecho», en AA.VV., *El Proceso Civil*. Tomo VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, edición digital, apartado 909). ACHÓN BRUÑÉN, por su parte, señala que: «[...] el artículo 661 también resulta impreciso cuando establece que se notificará la existencia de la ejecución a las “personas distintas del ejecutado que ocupen el inmueble embargado”, pues resulta obvio que a pesar de la impropiedad

tales terceros no tengan protección jurídica frente a la actividad de ejecución sin que sus derechos (por ejemplo, a la vivienda) queden protegidos. Sólo significa que su posición jurídica pasiva ya ha quedado determinada junto con la del ejecutado, de la que es pareja, hallándose protegida de hecho por la actuación procesal de éste y por las garantías ofrecidas al mismo (recursos contra la actuación procesal o material desproporcionada, etc.). De ahí también que el art. 704.2 LEC, para el caso de que el demandado abandone el inmueble antes que ellos, les otorgue el mismo plazo de desalojo de que aquél disponía.

Aun cuando el art. 675.2 LEC no menciona expresamente esta categoría de ocupantes (dependientes del ejecutado o que comparten con él la utilización del inmueble), entendemos que también en el caso que regula quedan excluidos del incidente por aplicación directa (que no analógica) del art. 704.2 LEC. En efecto, el art. 675.2 LEC se limita a establecer determinadas peculiaridades respecto del lanzamiento que ordena y que, de manera más completa, regulan los arts. 703 y 704 LEC a los que implícitamente se remite (por la mención al lanzamiento). Desde esta perspectiva, la falta de mención a los ocupantes dependientes del ejecutado en el lanzamiento que ordena el art. 675.2 LEC se explica, precisamente, por no apartarse en esto de la regla general. No habría razón para ello: en ambos casos se trata de extender la eficacia del título ganado frente al ejecutado a personas que amparan su ocupación exclusivamente en su vínculo (de dependencia posesoria) respecto de aquél; estos terceros han de seguir necesariamente su suerte, siendo accesorio e irrelevante para dicha extensión que el título ejecutivo sea el resultado de un proceso de ejecución dineraria (el testimonio del decreto de adjudicación) o de un proceso

---

terminológica de dicho precepto si la vivienda la habita el ejecutado con su cónyuge e hijos no se les deberá notificar a éstos últimos la existencia del procedimiento, aunque tengan el carácter de terceros en la ejecución, dejando a salvo la notificación que se haya podido realizar al consorte del ejecutado en el caso de que la vivienda tuviera carácter ganancial (arts. 541 de la LEC, 1373 del CC y 144 del RH). La notificación deberá realizarse a aquellas personas que ocupen el inmueble distintas del ejecutado y de quienes con él compartan la utilización de aquél. Esta interpretación no sólo resulta más coherente, sino que guarda armonía con lo que el legislador dispone con mucha más propiedad en el artículo 704 de la LEC, en sede de ejecución por deberes de entregar bienes inmuebles, al establecer la necesidad de notificar la existencia de la ejecución a las terceras personas distintas del ejecutado y de quienes con él compartan la utilización del inmueble para que en el plazo de diez días presenten al tribunal los títulos que justifiquen su situación, en aras de que el ejecutante pueda pedir su lanzamiento si son ocupantes de mero hecho o sin título suficiente» (Achón Bruñén, María José, «La problemática relativa al desalojo de los terceros ocupantes de inmuebles subastados», RCDI, núm. 681 (enero-febrero de 2004), pág. 6).

declarativo de condena (la sentencia de condena no dineraria). Tampoco el art. 661 LEC menciona a quienes conviven con el ejecutado como sujetos excluidos de los trámites que regula. En este caso, puesto que el art. 661 reproduce los términos del art. 675.2 LEC, procede una solución similar.

Entre los sujetos dependientes del ejecutado que pueden someterse a la ejecución sin necesidad de desarrollo del incidente contradictorio, bastando para ello con una apreciación «prima facie» de su condición de dependencia por el tribunal, se cuentan los servidores de la posesión, los precaristas y, con más precaución, los familiares del ejecutado.

Servidores de la posesión son aquellos sujetos que sin ser ellos mismos poseedores (ni mediatos ni inmediatos) contribuyen, con la tenencia de la cosa, a la posesión de quien sí lo es. Como servidores de la posesión ajena debemos considerar a quienes ejercen sobre el inmueble un poder de hecho o material al servicio del poseedor<sup>192</sup>. A ellos se refiere el art. 431 del CC cuando establece que «La posesión se ejerce en las cosas o en los derechos por la misma persona que los tiene y los disfruta o por otra en su nombre»<sup>193</sup>. En el proceso de ejecución para la entrega de bienes

---

<sup>192</sup> Ya las *Partidas* hablaban de esta posesión en nombre ajeno: «no tan solamente se entiende que es tenedor por él mismo, más por su personero o por su labrador, o por su amigo [...] o por cualquiera que use della en su nombre» (Partida 3, 28,12). En sentido parecido, mencionan las partidas la tenencia que ganan para el padre «los hijos e los siervos que tiene en su poder, e sus personeros» (Partida 3, 30, 3 y 4). FUENTESECA comenta la figura tal como ha sido considerada por la doctrina alemana y menciona como ejemplos de la misma «[...] la ayudante doméstica, los menores [...], los empleados en la empresa comercial [...], los trabajadores de una fábrica [...] los partícipes en organizaciones y también los que ostenten posiciones directivas» y como rasgos destacados de la figura «la dependencia social [...] la existencia de instrucciones y [...] la ausencia de interés propio» (FUENTESECA, Cristina, *La posesión mediata e inmediata*, 2002, cit., págs. 109 a 112).

<sup>193</sup> Aunque este artículo no excluye que el sujeto a través del cual se ostenta la posesión sea también poseedor (como se aclara por el art. 423 CC) tampoco exige esta circunstancia. Según LACRUZ BERDEJO, el art. 431 «literalmente sólo podría referirse a la figura alemana del “servidor de la posesión”, pues sólo de él puede decirse que, ejerciendo influencia física inmediata sobre la cosa, nada tiene y disfruta en sentido jurídico: no es poseedor de ella —es decir, carece de protección interdictal— y “ejerce la posesión” para otro, bajo su dependencia y dirección.» (Lacruz Berdejo, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, 1990, cit., pág. 83). En el mismo sentido, cita a PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, para quienes «el art. 431 [CC] contrapone estas dos situaciones: a) la de la persona que tiene la cosa o disfruta del derecho y es, consiguientemente, el poseedor; y b) la de aquella otra que no pretende tener ni disfrutar para ella, y que, por tanto, no es personalmente poseedora, sino que ejerce la posesión de otro, realizando actos que no significan tenencia o disfrute propio, sino tenencia o disfrute ajenos (por ejemplo, la del criado respecto del dueño, el trabajador en relación con la empresa, el dependiente en relación con su principal). En este caso, no se trata, pues, de un poseedor, sino de



inmuebles han de situarse en esta categoría los empleados del ejecutado<sup>194</sup> que se hallan eventualmente en el inmueble porque éste constituye su centro de trabajo, sea éste una finca rústica, un local comercial, una empresa o un domicilio (empleados domésticos en labores de vigilancia y custodia; limpieza, mantenimiento, etc.). Esta categoría de sujetos está comprendida en los arts. 704 y 675.2 LEC entre las personas dependientes del ejecutado («quienes de él dependan») o personas que usan —pero no poseen autónomamente— el inmueble (quienes «con él compartan la utilización de aquél») y que, por tanto, siguen su suerte sin necesidad de desarrollar el incidente que tales artículos regulan. Tienen un vínculo con el inmueble orientado exclusivamente a servir al empleador y tal vínculo no puede independizarse de dicha relación laboral: no llega a configurar un interés propio que

---

un instrumento de ejercicio de la posesión de otro, o, lo que es igual, del que en Derecho alemán se llama servidor de la posesión» (LACRUZ BERDEJO, *ibidem*, pág. 77). Sin embargo, para LACRUZ (*ibidem*, págs. 83-86) el art. 431 CC, en relación con el 439 CC, contemplan como categoría diferente del «servidor» los casos del representante legal, mandatario o gestor oficioso. Denomina a este sujeto «mediador posesorio» y de ellos dice: «carece necesariamente de legitimación para tener la cosa en nombre propio. Mientras el usufructuario o el arrendatario poseen en virtud del correspondiente derecho subjetivo y, por tanto, aun reconociendo la existencia de un dueño en quien recaen importantes efectos de su tenencia, ésta la ejercen en favor propio y según el propio arbitrio (las más de las veces) con propia percepción de los frutos o aprovechamientos del objeto poseído, según su naturaleza; opuestamente, la posesión ex arts. 431-439 recae sobre el “representado”» (*ibidem*, pág. 85). Reconoce que «Su contacto físico se aproxima al de la figura germánica del servidor de la posesión» y que «Entre el poseer para otro y el ser un mero instrumento de la posesión de otro, sin relieve personal, hay una gradación de posibilidades y matices, no siendo sencillo señalar una frontera nítida entre unas y otras situaciones» (*ibidem*, págs. 85 y 86 nota 9).

<sup>194</sup> FERNÁNDEZ-BALLESTEROS considera que la expresión del art. 704.2 LEC incluye «personas que comparten con el ejecutado la utilización del inmueble — ya sean sus parientes, si se trata de una vivienda; ya sean sus socios, en caso de local de negocio— [...] la Ley no exige expresamente que el inmueble esté destinado por los terceros a vivienda, sino que se conforma con su ocupación (v. gr., como local de negocio, explotación agrícola...) que ha de entenderse como posesión.» (Fernández-Ballesteros, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Iurgium, Madrid, 2001, pág. 422, nota 31). Entendemos que no todas las personas mencionadas por este autor pueden considerarse excluidos del incidente de oposición a que se refiere el art. 704.2 sino únicamente aquellos que, por la razón indicada en el texto, no ostentan una verdadera posesión o una posesión independiente de la que corresponde al ejecutado. Quienes si lo hacen, aunque «compartan la utilización», podrán esgrimir su título propio para continuar en el inmueble. En este sentido, ORTELLS RAMOS se refiere a los sujetos excluidos del incidente como «personas que ocupan el inmueble por cuenta y con sujeción a las instrucciones del titular de la posesión, como, por ejemplo, los vinculados al ejecutado por una relación de trabajo»; sin embargo, distingue de ellos a otra categoría de sujetos (a los que también considera incluidos en la mención a personas dependientes del art. 704 y, por tanto excluidos del incidente) a quienes «ocupan el inmueble en calidad de representantes o mandatarios del poseedor» (Ortells Ramos, Manuel, *La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, La ley, Madrid, 2005, pág. 165; también en Esther González Pillado y María José Carrazoni Fuertes (Coord.), *III Jornadas sobre la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. La ejecución* (Santiago de Compostela-2003), Ilustre Colegio de Procuradores de Vigo, 2003, pág. 319).

deba ser protegido jurídicamente al margen del poder del empleador. Sólo si la ocupación del inmueble tiene naturaleza de retribución en especie puede considerarse que el empleado acumula a su condición de servidor de la posesión la de verdadero poseedor.

Pueden distinguirse de los servidores de la posesión aquellos terceros que tienen un interés propio en el inmueble pero que dependen del demandado-ejecutado en su disfrute: invitados huéspedes, familiares. Los huéspedes o invitados ocupan el inmueble por mera tolerancia del ejecutado. Su ocupación no está en función de una prestación laboral que, por su naturaleza, requiera acceso al inmueble (incluso permanencia en el inmueble); en cambio, extraen de la ocupación una ventaja para sí mismos, lo que hace que su poder —tolerado— sobre el inmueble adquiera un relieve propio: la posesión a «título de precario». El poseedor a título de precario o precarista —*precario accipiens*— tiene protección posesoria frente a terceros mediante acciones posesorias. Pero tales acciones no podrán imponerse frente a quien concedió la posesión precaria —*precario dans*— (art. 250.1.2ª LEC) de cuya posición como poseedor reciben legitimidad. Esto demuestra que la posesión —el *ius possessionis*— es un concepto relativo: se puede tener una posesión (como derecho) frente a terceros pero que no sea tal frente al que constituyó dicha posesión quien tiene «mejor derecho a poseer». En este sentido, el art. 444 CC excluye de la idea de posesión los actos «meramente tolerados» por el poseedor<sup>195</sup>. Del mismo modo que la posición jurídica del invitado o huésped (*precario accipiens*) no puede ser protegida frente al poseedor que le otorga la liberalidad

---

<sup>195</sup> CABALLERO GEA señala en este sentido que «[...] si bien nuestro CC se inspira en un amplio concepto de la posesión (art. 430 y 432 CC) y se caracteriza, siguiendo al derecho canónico, por una amplia generosidad en el otorgamiento de la protección interdictal (arts. 446 CC y 1651 LEC), no deja de señalar límites al concepto mismo de la posesión, al no configurarse como situaciones autónomas, como ocurre con los actos del mero “servidor de la posesión” (el que ejerce la posesión de otro) y también aquellos otros en que debe suponerse que el verdadero poseedor (no ya sólo jurídico sino también material), sigue siendo el mismo, pese a que otra persona, por condescendencia o simple tolerancia del primero, realiza actos limitados de uso o aprovechamiento de la cosa. En estos casos se trata de tenencias de mínima significación (actos meramente tolerados dice el art. 444 CC), que no constituyen la condición de poseedor a quien los realiza y, por consiguiente, tampoco autorizan para ejercitar las acciones interdictales frente al verdadero poseedor pues ello sería absurdo. La posesión, en suma, debe aparecer revestida de una cierta autonomía tanto desde el punto de vista objetivo como del subjetivo (ánimo de tener la cosa con independencia)[...] (STS 20-10-1980)» (Caballero Gea, José Alfredo, *Los interdictos de retener o de recobrar y de obra nueva*, Dykinson, Madrid, 1996, segunda edición págs. 147 y 148).

(*precario dans*), pues no tienen posesión —*ius possessionis*— frente a él, su posición posesoria tampoco puede ser protegida frente a quien, a su vez, ha ganado frente al *precario dans* un título ejecutivo que ordena la entrega de la posesión del inmueble: por esta razón, tales sujetos tampoco reciben protección posesoria autónoma mediante el incidente regulado en los arts. 675.2 y 704.2 LEC. El precarista «depende» en su protección posesoria de la posesión del demandado y si ésta ha cedido, también debe hacerlo aquélla.

Los familiares del demandado tampoco son servidores de la posesión, pues, como el precarista, ostentan ellos mismos una posesión autónoma (una co-posesión con el demandado), pero, al igual que los precaristas, pueden ser tratados procesalmente como sujetos «dependientes», posesoriamente hablando, del ejecutado. Es el caso claro de los menores, cuya posesión depende de la posesión paterna si la posesión del menor tiene por causa (título) la misma que sus padres o tutores, aunque, en este caso, no es una liberalidad sino un deber (*patria potestad*) la que exige la co-posesión<sup>196</sup>. Lo mismo podría decirse de los familiares alimentistas a los que el demandado atiende acogiéndolos en su vivienda. Sin embargo, a diferencia de la condición de servidor posesorio o de precarista, la condición de familiar (menores, alimentistas, cónyuge) no es, por sí misma, excluyente el incidente: tales familiares pueden alegar un título propio y distinto de la mera posesión dependiente de la de su familiar demandado, lo que ocurrirá si ellos mismos son propietarios, usufructuarios, arrendatarios... del inmueble. Entonces su defensa es «independiente» de la del familiar demandado y puede ser alegada ante el tribunal por la vía del art. 704.2 LEC. El caso más complejo es el del cónyuge del demandado ocupante pues, tratándose de la vivienda familiar, éste tiene con frecuencia un derecho propio que en ocasiones no tiene origen contractual sino legal (vid. por ejemplo, art. 1320 CC y 12 y 15 LAU)<sup>197</sup>.

---

<sup>196</sup> Según LACRUZ BERDEJO, «[...] el art. 443 parece presuponer tal representación (aunque habla impropriadamente de asistencia), como único medio de que disponen los incapaces para cualquier ejercicio que exceda de la conservación de su derecho; pues si, según su letra, “los menores y los incapacitados pueden adquirir la posesión de las cosas; pero necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor”» (Lacruz Berdejo, José Luis, *en Elementos de Derecho Civil. III. Derechos reales. Vol I. Posesión y propiedad*, 3.ª ed., J. M.ª Bosch, Barcelona, 1990, pág. 85).

<sup>197</sup> *Vid. infra*, cuarta parte, capítulo tercero, § 1.2.

b) Ocupantes cuya posición en el inmueble ya ha sido resuelta en el proceso de ejecución dineraria precedente.

Según el art. 675.2 LEC quedan excluidos del incidente de intervención que regula aquellos ocupantes cuya posición ya hubiera sido determinada en curso del procedimiento de apremio a través de los trámites contemplados en el art. 661.2 LEC<sup>198</sup>. Esta exclusión está justificada por cuanto el auto resolutorio de la situación del ocupante tras el desarrollo del incidente regulado en el art. 661 LEC tiene la que hemos denominado eficacia indirecta —diferida o futura— que el artículo citado expresa afirmando que el ejecutante podrá pedir que el Tribunal declare «que el ocupante u ocupantes no tienen derecho a permanecer en el inmueble, *una vez que éste se haya enajenado en la ejecución*»; es decir, que la situación del ocupante se considera ya resuelta a efectos de la entrega posesoria.

Sin embargo, pese a haberse desarrollado el incidente declarativo en la fase de apremio, puede ocurrir que en el momento en que se pretende la entrega del inmueble el ocupante sea un sujeto distinto de aquel que intervino en su día en los trámites regulados en el art. 661 LEC. En estos casos, los trámites regulados en el art. 675.2 LEC se deberán desarrollar ahora frente al nuevo ocupante, sin que puedan ser evitados por haberse desarrollado previamente el incidente frente a otro sujeto. Abona esta conclusión la circunstancia de que el adquirente disponga del plazo de un año desde la adquisición del inmueble para solicitar el lanzamiento del ocupante: el tiempo transcurrido entre el desarrollo del incidente regulado en el art. 661 LEC y el momento de la solicitud de lanzamiento (un año —que será más si se cuenta desde el incidente y no desde la adjudicación— es suficiente como para facilitar la presencia de nuevos ocupantes, incluso para que éstos se hayan procurado un título legítimo que justifique su permanencia. Se ve respaldada la

---

<sup>198</sup> La exclusión se limita a los supuestos en que se hubiera desarrollado el incidente declarativo contradictorio y resuelto mediante auto del Tribunal. No así en el caso de que el ejecutante, a la vista de los títulos aportados por el ejecutado en los términos del art. 661.1 decidiera que son suficientes y así se hiciera consta en la subasta. En este caso, como señala ACHÓN BRUÑÉN «[...] la conformidad del ejecutante no vincula al rematante, ya que éste, una vez celebrada la subasta, podrá pedir la celebración de una comparecencia para decidir sobre el desalojo, pues el artículo 675 tan sólo excluye dicha posibilidad cuando con anterioridad se hubiere resuelto sobre esta cuestión a petición del ejecutante» (Achón Bruñén, María José, «La problemática relativa al desalojo de los terceros ocupantes de inmuebles subastados», RCDI, núm. 681 (enero-febrero de 2004), págs. 6 y 8).

exigencia de un nuevo incidente por la posibilidad de que el desarrollado durante el procedimiento de apremio se hubiera realizado sobre presupuestos erróneos o fraudulentos, en perjuicio de un verdadero ocupante que hubiera permanecido ajeno al desarrollo del incidente y que por ello no debe luego verse perjudicado por el mismo. En este sentido, se ha criticado la falta de previsión del legislador sobre el riesgo de una ocupación del inmueble una vez finalizado el incidente ex art. 661 LEC, algo que se podría haber evitado regulando determinadas medidas cautelares<sup>199</sup>.

### c) Presencia en el inmueble de terceros no poseedores

Además de los supuestos de exclusión que acabamos de señalar, expresamente contemplados por distintas normas procesales, tampoco será exigible el desarrollo de los trámites de intervención de ocupantes frente a terceros cuya posición en el inmueble no permite calificarlos como poseedores, al no obedecer su presencia en el inmueble una realidad posesoria que, siendo un hecho, supone siempre la intención y la forma de ejercicio propias de un derecho, sino a una mera actitud de resistencia u obstaculización frente a la ejecución forzosa en favor del demandado (por razones de naturaleza «solidaria» —familiares, de amistad, de vecindad...— o política —movimientos de apoyo, movimientos «okupa»...—. Se trata de sujetos concedores de la existencia de una ejecución en curso y que, a pesar de la misma (o precisamente con este motivo), pretenden entorpecer la ejecución y «ocupan» por

---

<sup>199</sup> ACHÓN BRUÑEN con referencia a los trámites de intervención regulados en el art. 661 LEC señala que «[...] aunque los antedichos mecanismos podrían servir para conocer la situación posesoria del inmueble con objeto de hacer constar dicha información en el anuncio de la subasta, no por ello quedan salvaguardados por completo los intereses de los postores, ya que puede ocurrir que el ejecutado arriende el inmueble con posterioridad a la publicación de los edictos y que la información contenida en los mismos sea engañosa, lo que podría defraudar las justas expectativas de los postores» (*ibidem*, pág. 2). REDONDO GARCÍA señala la insuficiencia a estos efectos de la garantía del embargo en tanto es una anotación registral (art. 629 LEC) que afecta a la titularidad, no a la posesión o tenencia, y expone la necesidad de regular otro tipo de medidas asegurativas para las que propone acudir al ejemplo de medidas propias de otros países, que, sin embargo, no considera aplicables sin modificaciones normativas (Redondo García, F., *La entrega de la posesión en los procesos de ejecución de inmuebles*, 2002, cit., págs. 183 y sigs.). FRANCO ARIAS, por su parte, sugiere medidas de cautela como el precinto del inmueble para evitar la ocupación del inmueble sin conocimiento del tribunal entre el anuncio y la celebración de la subasta y destaca que aun cuando no previstas expresamente tampoco están prohibidas por lo que el ejecutante debería solicitarlas antes de la subasta (Franco Arias, Just, «Comentario al artículo 661», en AA. VV., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2000, cit., pág. 3323).

esta razón el inmueble. Dichos sujetos no tienen derecho alguno a intervenir en el proceso pues su posición frente al mismo se reduce a la de sujetos de un deber jurídico-público: el deber de someterse a la ejecución (art. 118 CE, 17 LOPJ), como cualquier tercero ajeno al proceso. Aunque tales sujetos pretendan intervenir invocando una causa jurídica o título, exigencias derivadas del orden público procesal y del derecho a la tutela judicial efectiva exigen restringir el desarrollo del incidente contradictorio descrito a los supuestos de buena fe y que no entrañen fraude. Por tanto, el Tribunal (juez o secretario) deberá analizar siempre, *prima facie*, la naturaleza de la ocupación para evitar dilaciones indebidas. A ello le autorizan expresamente tanto el art. 11 LOPJ como el 247.2 LEC en relación con los arts. 118 CE y 17 LOPJ.

Por tanto, entendemos que la situación de ocupación a que alude el art. 704.2 LEC, como punto de partida para el desarrollo del incidente allí regulado, ha de ser interpretado como algo más que una mera presencia física en el momento del lanzamiento, requiriéndose un elemento intencional de posesión respecto al inmueble que se ocupa, de aprovechamiento del mismo en los términos de un derecho. Lo que se persigue mediante el incidente de intervención de ocupantes es determinar la ampliación de la responsabilidad que se actúa en el proceso de ejecución a sujetos que ejercen sobre el inmueble un poder de hecho orientado al verdadero aprovechamiento o goce del inmueble que, por ello, está dotado de cierta protección, aun cuando sea de forma temporal o claudicante a través de acciones posesorias. El ocupante que ha de someterse al incidente es, en este sentido, aquél que podría obtener protección posesoria en caso de ser molestado en su ocupación por un tercero, condición que falta cuando la razón de la ocupación no es otra que impedir la ejecución.

Resumiendo, para que el Tribunal convoque a los ocupantes a la vista regulada en el art. 675.3 LEC (y a la que se remiten los arts. 661.2 y 704.2.II LEC), es preciso que previamente se analice y descarte (el juez al dictar la orden general de ejecución o el secretario mediante decreto de concreción de medidas ejecutivas) que se trata de alguna de las anteriores categorías de sujetos, desarrollando para ello un enjuiciamiento «*prima facie*» que le permita discernir la concurrencia de tales

supuestos. La evidencia que requiere todo enjuiciamiento *prima facie*<sup>200</sup>, podrá provenir de la propia declaración de los ocupantes al exponer, paladinamente<sup>201</sup>, las razones de su ocupación, bien creyendo erróneamente que les ampara una causa legal suficiente (ocupación por familiares, huéspedes o empleados que alegan su condición de tales para permanecer en el inmueble), bien asumiendo su inadecuación como causa justificativa de la ocupación. La práctica demuestra que con fines de naturaleza política (como expresión pública de posturas críticas al orden establecido) o por motivaciones personales (vínculos familiares, de vecindad o amistad), determinados grupos de personas, ante la inminencia del lanzamiento, realizan conductas de ocupación y resistencia sin otra intención que la de evitarlo. Se trataría de lo que podríamos calificar como oposición por motivos políticos o de conciencia<sup>202</sup>. La evidencia mencionada también puede provenir de los propios actos

---

<sup>200</sup> Tal enjuiciamiento corresponde al Juez; pero si éste no realiza tal enjuiciamiento al dictar la orden general de ejecución, el Secretario judicial a cargo de la concreción de medidas ejecutivas, al conocer la presencia de terceros no mencionados expresamente en la orden general como personas sujetas a la actividad ejecutiva (como ejecutados o como familiares y demás personas cuya posesión sea dependiente del ejecutado), debe decidir, mediante decreto, si los considera o no personas «dependientes del ejecutado»; en caso de no considerarlos tales procederá a reclamarles la presentación de los títulos que justifiquen su presencia en el inmueble (art. 704.2 LEC); en cambio, si los considera personas dependientes del ejecutado, resolverá la continuación de la actividad ejecutiva frente a tales sujetos (es decir, no se les considera legitimados para participar en el incidente). Puesto que el decreto al que aludimos debe ser considerado, por delimitar el alcance —subjetivo: frente a terceros— de las medidas ejecutivas, un decreto de concreción de medidas ejecutivas (a los que alude, a efectos de recurso, el art. 551.5 LEC) será, como tal, susceptible de recurso directo de revisión lo que salva la objeción de desjudicialización de una materia tan relevante (delimitación del ámbito subjetivo de la actividad de ejecución). Pese a no ser partes en el proceso de ejecución estos terceros son destinatarios de una resolución que les niega legitimación para el incidente contradictorio al que creen tener derecho, esta posición puede considerarse interés legítimo suficiente para interponer el recurso. La única excepción la constituiría el abuso de derecho y el fraude procesal (arts. 11.2 LOPJ, 247.2 LEC y 6.4 CC), que permitiría denegar, sin más, el trámite al recurso.

<sup>201</sup> Lo que no es raro, pues la actitud del tercero es, en estos casos, socialmente reivindicativa y, más que afirmar un derecho que sabe que no tiene, busca, precisamente mediante el incumplimiento de sus deberes de abandono del inmueble, dar a conocer una situación o una ideología concreta.

<sup>202</sup> Algunos de estos sujetos se pueden considerar a sí mismo incluidos en el movimiento social autodenominado «movimiento *okupa*», sumando de esta forma su acción a los fines propagandísticos de una ideología más o menos perfilada y común a todos los que se adhieren (mediante los hechos) a ella. Sobre el «movimiento *okupa*» en general, puede verse MARTÍNEZ LÓPEZ, Miguel, *Okupaciones de viviendas y centros sociales*, ed. Virus, Barcelona, 2002. Con particular atención a su dimensión jurídica, REDONDO GARCÍA, Fernando, *La entrega de la posesión en los procedimientos de ejecución de inmuebles*, Marcial Pons, Barcelona, 2003, págs. 72 a 79; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «Los “okupas” en la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Revista de Derecho Procesal*, año 2004, n.º 1-3, págs. 603-613; MARTÍ MARTÍ, Joaquim, «Desahucio por precario contra el movimiento *okupa*», *Diario La Ley*, n.º 6446 (22 de marzo de 2006), edición digital.

En nuestra opinión, lo relevante para determinar la posición jurídica de tales sujetos en el

del ocupante en cuanto expresen tácitamente su verdadera naturaleza (por ejemplo, la entrada en el inmueble a presencia de la Comisión judicial —tal vez en forma de manifestación pública—) y, en general, los casos en que las circunstancias en que se produce la ocupación evidencian su verdadera naturaleza. Finalmente, puede que en el propio procedimiento de ejecución ya desarrollado o en el proceso declarativo precedente ya consten con evidencia las razones de tal presencia, en cuyo caso deberán ser tomadas en consideración por el tribunal al ordenar el lanzamiento excluyendo expresamente el desarrollo del incidente: no se puede olvidar que cuando el tribunal valora la necesidad de proceder al desarrollo de los trámites para determinar la posición jurídica de los ocupantes suele existir ya una historia procesal en la que se habrán vertido declaraciones de parte o de los propios ocupantes (sea como testigos, como terceristas o como intervinientes...). En este mismo sentido, entendemos que

---

proceso de ejecución civil (y, en particular, en el trámite de lanzamiento) no es la denominación que se otorga a sí mismos o que pueda atribuírseles en atención a sus finalidades políticas o sociales, sino la significación concreta de sus acciones con relación a los derechos del ejecutante y a su satisfacción a través del instrumento jurídico-público del proceso. El mismo tratamiento corresponde, pues, a un vecino, amigo o familiar que irrumpe en el inmueble objeto del lanzamiento (el mismo día de la presencia de la Comisión judicial o días antes) tratando de impedir su realización, que el colectivo de sujetos que realizan la misma actividad adscribiéndose a uno de los citados movimientos. Ninguno de ellos ejerce una verdadera posesión cuyas causas haya que indagar, sino una mera resistencia a la actividad ejecutiva que es, en sí misma, ilegítima. El mismo tratamiento procesal ha de corresponder al ocupante del inmueble que ejerce una verdadera posesión autónoma (aunque luego se revele insuficiente—incluso ilícita— frente al demandante) destinada a obtener una utilidad del inmueble (como pueda ser el convertirlo en su vivienda), aunque carezca de título para ello (lo que determinará, en último término su lanzamiento previa audiencia contradictoria y aun su responsabilidad penal atendiendo a las condiciones de su entrada y permanencia en el inmueble) con independencia de cual sea la motivación o adscripción ideológica, pues lo contrario significaría prejuzgar la posición jurídica de los sujetos por circunstancias ajenas a los derechos materiales y procesales, tales como su adscripción ideológica o cultural y aun por su mero aspecto. Probablemente los fines político-sociales de un movimiento social que ocupa viviendas se manifiestan tanto con la ocupación por personas concretas con finalidad de uso del inmueble (originando una verdadera posesión, aun cuando asea ilícita —en cuyo caso dichas personas serán vencidas en el incidente contradictorio y quedarán sometidas a la ejecución—) como por aquellas personas que lo ocupan con la finalidad de impedir el lanzamiento ya decretado frente a los primeros (en cuyo caso serán expulsados sin desarrollo del incidente), pero, en un análisis jurídico procesal, su posición jurídica frente a la ejecución es distinta. En este sentido, somos contrarios al empleo de la terminología («ocupas», «okupas») salvo con finalidad descriptiva (cuando un conjunto de ocupantes se autodenomina de esta manera) no ya por su carácter despectivo (MARTÍ MARTÍ demuestra que el calificativo, empleado en diversas sentencias —Sentencias de la AP de Barcelona, Sección 4.ª, de 31 de mayo de 2002 y Sección 16.ª, de 4 de marzo de 2002—, no es peyorativo) sino porque se puede prejuzgar, al denominar de esta forma a ciertas personas, el alcance de su situación jurídica en relación al inmueble.



entra en juego el principio de adquisición procesal y que el juez debe valorar lo que ya conoce en virtud de anteriores actos procesales.

En ciertas ocasiones, sin embargo, la presencia de ocupantes en el inmueble no irá acompañada de datos que permitan conocer *prima facie*<sup>203</sup> la razón de tal permanencia y asimilar dicha razón con alguna de las categorías reseñadas. En estos casos de duda cobra todo su sentido el desarrollo del trámite informativo que como prólogo al incidente declarativo y contradictorio contemplan los arts. 661.1 y 704.2.I LEC: solicitando al ocupante sus títulos se intenta provocar una reacción que permita tener una primera idea de las razones (y pruebas) que, a juicio del ocupante, justifican su posición. A partir de esta aportación documental (o su falta) surge nuevamente la oportunidad para que el Tribunal, de oficio, declare que la posición de tales personas no autoriza ni exige el desarrollo del incidente contradictorio.

Hay que tener en cuenta que cualesquiera de los sujetos mencionados (familiares, huéspedes, grupo de apoyo...) puede invocar un vínculo jurídico con el ejecutado o con el inmueble distinto del que aparentan y que, de ser real, pudiera amparar su posesión. No es descartable que ciertos sujetos añadan a su condición de empleados o familiares (personas dependientes del ejecutado) una titularidad propia y autónoma con relación al inmueble en cuyo caso habría que primar (en la valoración inicial, *prima facie*) la titularidad alegada frente a la más evidente de familiares o dependientes<sup>204</sup>, desarrollándose entonces los correspondientes trámites informativos,

---

<sup>203</sup> Para SALINAS MOLINA «Recibidas en plazo las posibles alegaciones y, en su caso, las justificaciones documentales de los ocupantes o transcurrido el mismo sin tal aportación ni alegación, el tribunal deberá decidir lo oportuno. De resultar expresamente de lo actuado que los terceros ocupantes no se oponen al posible lanzamiento o que aceptan ser ocupantes de mero hecho o sin título suficiente que justifique la ocupación, podría decirse directamente el desalojo. De no darse tal consentimiento o aceptación por los ocupantes, bien por no efectuar alegación ni aportación documental alguna o bien por oponerse, directa o indirectamente al lanzamiento, cabe entender que será el momento procesal adecuado para que, en su caso, el ejecutante pueda pedir al tribunal el lanzamiento de quienes considere ocupantes de mero hecho o sin título suficiente» (Salinas Molina, F., «Ejecución por obligación de entrega de bienes inmuebles: ocupantes de inmuebles que deban entregarse» (DRO\_1507), en AA.VV., *El Proceso Civil*. Tomo VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, edición digital).

<sup>204</sup> En este sentido, GONZÁLEZ PILLADO y CANDAL JARRÍN, sostienen que «[...] deberá constatar que ningún miembro de la familia tiene un derecho de posesión diverso del de ser familiar del ejecutado, pues en otro caso tendríamos que darle tratamiento de inmueble ocupado» (González

y, en su caso, declarativo y contradictorio, para determinar la realidad de la razón jurídica invocada o, por el contrario, su inexistencia.

Ahora bien, si pese a la presencia en el inmueble de terceros y de su formal invocación de título de permanencia (y, por consiguiente, de su derecho a aportar títulos y a participar en el incidente contradictorio) resultase de modo flagrante su verdadera condición (sea por sus conductas y hechos concluyentes contradictorios con la formal invocación de una posesión autónoma<sup>205</sup>) estimamos que el Tribunal puede descartar el recurso al incidente como un verdadero fraude procesal (en los términos de los arts. 11.2 LOPJ, 247.2 LEC y 6.4 CC).

Los sujetos contra los que se dirija la ejecución por ser considerados terceros podrán acudir al incidente de nulidad de actuaciones si consideran que tienen derecho a ser partes en el incidente contradictorio del art. 704.2 LEC o, al menos, en la ejecución (art. 562.2 LEC que remite a los arts. 225 y siguientes LEC —siendo el art. 228 el que regula el incidente excepcional de nulidad de actuaciones para quienes hubieran debido ser parte: en este caso, en el incidente estudiado).

### 3.2.4. Trámite informativo: aportación de los títulos justificativos de la ocupación.

Determinada *prima facie* la procedencia de intervención de un ocupante éste debe ser emplazado<sup>206</sup> a presentar los títulos de que pueda disponer para justificar su

---

Pillado, Esther y Candal Jarrín, Ignacio-Santiago, «Un apunte sobre la subasta judicial de bienes inmuebles», en Esther González Pillado y María José Carrazoni Fuertes (Coord.), *III Jornadas sobre la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. La ejecución*, Ilustre Colegio de Procuradores de Vigo, pág. 234).

<sup>205</sup> De otro modo cada vez que se procede al lanzamiento podría reproducirse la invocación de una posesión autónoma ante la Comisión del Juzgado por sujetos distintos de los que participaron en el incidente anterior. En este sentido, TORRES LÓPEZ señala entre las estrategias de los movimientos de ocupación organizada «la sustitución de los ocupantes emplazados que ya no se encuentran en el inmueble por otros» (Torres López, Alberto, *Los juicios de desahucio: 100 preguntas y respuestas*, Sepin, Madrid, 2007, pág. 131).

<sup>206</sup> Se ha discutido que este acto procesal de notificación por el cual el Tribunal se dirige al ejecutado para informarle de que dispone de un plazo para presentar sus títulos pueda ser considerado un requerimiento lo que presupondría la existencia previa de una obligación. MORENO CATENA, refiriéndose a la entrega de inmuebles y analizando el art. 704 de la LEC señala que «En realidad no se trata de un requerimiento, pues la entrega de títulos es una carga para los ocupantes; tampoco es un emplazamiento, aunque merece una consideración similar a la que se explicó en su momento en relación con el auto que despacha la ejecución, que se notifica al ejecutado y puede éste comparecer

posición en el inmueble. Puede ser conveniente, como sugiere SALINAS MOLINA, que se incluyan en el emplazamiento otras menciones que permitan al ejecutado tener conocimiento de la trascendencia de su conducta<sup>207</sup>. Dicho trámite informativo

y oponerse en el plazo de diez días: aquí también sea le da a los ocupantes la oportunidad de impedir el lanzamiento mediante la presentación de los títulos que jurídicamente amparen su ocupación» (Moreno Catena, Víctor, *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo IV. La ejecución forzosa, tecnos, Madrid, 2000, págs. 137 y 138). Sin embargo, para ACHÓN BRUÑÉN «[...] resulta obvio que se está ordenando al ejecutado que en un determinado plazo lleve a cabo la conducta consistente en presentar los títulos que acrediten su posesión, por lo que, a pesar de la impropiedad del término legal utilizado, se trata de un requerimiento» (Achón Bruñén, María José, «La problemática relativa al desalojo de los terceros ocupantes de inmuebles subastados», RCDI, núm. 681, pág. 6). Fiel a su concepción, la autora citada señala más adelante la perturbación que para esta concepción «coercitiva» de la presentación de títulos supone la constatación de que «La LEC ha dado carta de naturaleza a las multas coercitivas en muchos de sus preceptos (589.3, 591.2, 699.2, 709, 710, 711, etc.); sin embargo, no ha contemplado expresamente la posibilidad de imponer dichas multas al ocupante de un inmueble que se niegue a presentar los títulos que justifiquen su situación posesoria»; sin embargo, no estima que ello sea obstáculo a la imposición de multas pues «[...] estas multas podrían imponerse con base en el artículo 591.2 de la LEC —que prevé su imposición a todos aquellos terceros que no presente su colaboración en las actuaciones de ejecución negándose a entregar al tribunal los documentos y datos que tengan en su poder—»; con todo, no estima necesario llegar a este extremo por razones que a nosotros se nos antojan, sin embargo, la mejor defensa de su naturaleza como carga procesal, y así, entiende que «[...] la no presentación de los títulos redundará en su contra, ya que el ejecutante podrá pedir la celebración de una comparecencia con objeto de determinar el derecho de los terceros ocupantes a seguir poseyendo la finca tras la venta forzosa y, a falta de títulos que acrediten la legitimidad de su situación posesoria, el Juez deberá dictar auto declarando su falta de derecho a permanecer en el inmueble, sin perjuicio de que los perjudicados puedan ejercitar el derecho que crea corresponderles en el juicio que corresponda» (pág. 7). GARBERÍ LLOBREGAT habla de requerimiento de notificación, pues «[...] la nueva regulación obliga al órgano judicial a que, de oficio, notifique a las personas ocupantes del inmueble embargado que sean distintas al propio deudor ejecutado la “*existencia de la ejecución*”, lo que habrá de llevar a cabo en cuanto le conste la existencia de dichos ocupantes por cualquier medio, [...] En dicha notificación judicial se ilustrará a los ocupantes del inmueble de que disponen de un plazo de diez días para presentar ante el tribunal “*los títulos que justifiquen su situación*” (art. 661.1.I LECiv)» (Garberí Llobregat, *La ejecución forzosa en la LEC*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 779). En cambio, REDONDO GARCÍA considera que el acto por el cual el Juzgado, en cumplimiento de lo ordenado en el art. 661.1 LEC, acuerda notificarles a los ocupantes la existencia o “advertencia” de la ejecución «[...] no se trata de una simple notificación sino que incluye un requerimiento, ya que la notificación se hace para que en el plazo de diez días presenten los títulos que justifiquen su situación (art. 661.1 LEC)» (pág. 44). En este último sentido ACHÓN BRUÑÉN, para quien «aunque la ley prevé la necesidad de practicar una diligencia de notificación, en puridad se trata de un requerimiento, no empleando adecuadamente el legislador los términos que él mismo define en el artículo 149 de la LEC donde establece que la notificación en un acto de comunicación que tiene por objeto dar noticia de una resolución, diligencia y actuación; en contraposición con el requerimiento, el cual sirve para ordenar, conforme a la ley una conducta o inactividad. En este caso resulta obvio que se está ordenando al ejecutado que en un determinado plazo lleve a cabo la conducta consistente en presentar los títulos que acrediten su posesión, por lo que, a pesar de la impropiedad del término legal utilizado se trata de un requerimiento» (Achón Bruñén, María José, «La problemática relativa al desalojo de los terceros ocupantes de inmuebles subastados», RCDI, núm. 681 (enero-febrero de 2004).

<sup>207</sup> SALINAS MOLINA sugiere «Tan pronto como se conozca existencia de terceros ocupantes y su “*identidad*” —precisa el art. 661.1.I LEC—, se impone al tribunal ejecutar la obligación de

está previsto, como hemos apuntado, en los arts. 661.1 y 704.2. LEC pero no así en el 675.2 LEC al cual, sin embargo, lo creemos también aplicable, al menos cuando el ejecutante (adquirente del inmueble) dirige inicialmente su pretensión de entrega frente al enajenante y posteriormente resulta advertida la presencia del tercero; en cambio, el artículo, en aras de la celeridad, parece admitir que este trámite informativo no sea necesario si el adquirente, ahora ejecutante, decide dirigir *nominatim* su solicitud de lanzamiento frente al tercero.

#### a) Función y naturaleza del incidente informativo

Con el emplazamiento se atribuye al ocupante no ejecutado la carga procesal de aportar los títulos que justifiquen su ocupación del inmueble, y, una vez aportados (o pasado el plazo otorgado para ello), al ejecutante la carga de solicitar el lanzamiento si del estudio de los títulos presentados considera que la ejecución debe extenderse al ocupante no ejecutado<sup>208</sup>. Cuando el trámite se desarrolla como parte del procedimiento de apremio (art. 661.1 LEC) la aportación de títulos por el ocupante adquiere también una función informativa para los futuros postores<sup>209</sup> a través de su publicación junto al anuncio de la subasta, proporcionando una información más precisa sobre la situación posesoria del inmueble, permitiéndoles ajustar en consecuencia (al alza o la baja) el valor de su oferta o postura<sup>210</sup>.

---

notificarles la existencia de la ejecución, para que, en el plazo de diez días, puedan presentar ante el mismo los títulos que justifiquen su situación, pareciendo aconsejable que se les advierta al tiempo de que el ejecutante (o los interesados, en la interpretación que se defiende) podrá pedir al tribunal la declaración de que el ocupante u ocupantes no tienen derecho a permanecer en el inmueble una vez que éste se haya enajenado en la ejecución y que de estimarse judicialmente tal pretensión, por considerárseles ocupantes de mero hecho o sin título suficiente, podrá, en su día, el adquirente del bien instar su lanzamiento a lo que el tribunal deberá proceder de inmediato (art. ex. arts. 661.2.I y 675.2.I LEC)» (Salinas Molina, Fernando, «Subasta de bienes inmuebles: arrendatarios y ocupantes de hecho», en AA.VV., *El Proceso Civil*. Tomo VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, edición digital, 909 (comenta el art. 661).

<sup>208</sup> Con referencia a este incidente ORTELLS RAMOS dice que «Este acto del tribunal no es, propiamente, el acto inicial del procedimiento conducente a decidir sobre la procedencia del desalojo [...] este acto [...] da la oportunidad al ejecutante para valorar, atendida la calidad de los títulos, si le conviene instar el desalojo —lo que puede influir en las costas del incidente—» (Ortells Ramos, M., *La ejecución de condenas no dinerarias...*, 2005, cit., pág. 168).

<sup>209</sup> Mediante su publicación con el anuncio de la subasta en sitio destacado, público y visible de la sede del tribunal y en los lugares públicos de costumbre (art. 645 LEC).

<sup>210</sup> Función que comparte con el incidente contradictorio del apartado 2 del mismo art. 661 LEC. De tal forma que sólo habiendo desarrollado ambos incidentes la información proporcionada

Desde el punto de vista del ocupante dotado de título suficiente la carga consiste en la aportación de su título con la posibilidad de evitar así el incidente contradictorio posterior (seguramente más costoso, pues requerirá comparecer a una vista y practicar prueba) si el título aportado convence al ejecutante de lo fundado de su permanencia en el inmueble. De la falta de presentación, por sí misma, no deriva la ley presunción ni resolución alguna<sup>211</sup>. La consecuencia de no alzar la carga se limita, en nuestra opinión, a la pérdida de la oportunidad procesal de evitar el desarrollo ulterior del incidente de intervención.

En esencia, la presencia en el inmueble de ocupantes distintos del ejecutado y de quienes de él dependan, arroja sobre el ejecutante la carga de ampliar su pretensión de ejecución formulando una solicitud de lanzamiento frente al tercero inicialmente no demandado ante la cual el tribunal debe declarar, previo desarrollo del incidente contradictorio de intervención, si su posición jurídica (la causa jurídica de su permanencia) ha quedado enervada por el título ejecutivo. En tal contexto, el trámite de entrega de documentos por parte del ejecutado hace las veces de una diligencia preliminar con la que el ejecutante podría conocer los datos necesarios para poder ampliar (o no) la reclamación de entrega del inmueble con base en su título ejecutivo<sup>212</sup>.

---

en la publicidad de la subasta estará completa (sin perjuicio de que, aun en este caso, una vez ultimado el proceso de ejecución dineraria e instada la entrega pueda aparecer un nuevo ocupante distinto del que fue sometido al incidente contradictorio y, por consiguiente, sea preciso reproducir su desarrollo).

<sup>211</sup> El art. 661 prevé que la publicación de la situación posesoria del inmueble pueda ir acompañada de la declaración de que el inmueble «se encuentra desocupado», lo que, tomado como una declaración de conocimiento del Tribunal, requeriría una cognición y valoración de la prueba presentada («si se acreditase cumplidamente esta circunstancia al tribunal de la ejecución»), al parecer, unilateralmente por el ejecutante.

<sup>212</sup> FAIRÉN GUILLÉN, considera la actividad procesal que ha regulado el art. 661 LEC una «medida preliminar» al juicio, considerando tal la desarrollada en los apartados 3 y 4 del 675, y la califica de «medida preliminar no comprendida claramente entre las del art. 256 de la LEC, salvo las del número 7.º [...]»; distingue en ella una función inmediata: con relación a la subasta, para determinar la situación de los ocupantes previa su audiencia y así publicitar a efectos del embargo la situación posesoria, y, por otra parte, la función mediata de: «[...] prevenir el choque que puede producirse el día señalado para la ejecución» (Fairén Guillén, V., «Los “okupas” en la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Revista de Derecho Procesal*, año 2004, núm. 1-3, págs. 605 y 606). En nuestra opinión sólo esta última función justifica el calificativo de diligencia preliminar (preliminar, entonces, respecto del futuro proceso de ejecución no dineraria), pues la función informativa dirigida a los postores en la subasta será una diligencia propia de este trámite procesal y no previa al mismo. Además, como puede comprobarse, para FAIRÉN la naturaleza de *diligencia preliminar* conviene no sólo al incidente informativo, sino también al incidente contradictorio regulado en el 661.2 LEC, mediante el que se

## b) Emplazamiento al ocupante para que presente los títulos en que ampara su ocupación

Ha planteado la doctrina la posibilidad de un requerimiento genérico «a los ocupantes del inmueble» en aquellos casos en que la naturaleza de la ocupación hiciera difícil su individualización. Algunos autores parecen identificar la individualización del ocupante con la posibilidad de serlo en algún momento del proceso (ocupante individualizable<sup>213</sup>), considerando suficiente esta circunstancia para entender efectuada la notificación personal. En nuestra opinión, si bien es cierto que en algún momento del procedimiento la condición de los ocupantes puede ser indeterminada (por ejemplo, si se pusiera en conocimiento al Tribunal de la existencia genérica «de ocupantes» y el tribunal ordena una diligencia de

---

declara la falta de derecho del ocupante. Sería el conjunto formado por el trámite informativo y el incidente declarativo contradictorio una de aquellas diligencias orientadas a obtener datos sobre la personalidad del ejecutado (en este caso, sobre su legitimación pasiva), a efectos de la futura demanda de ejecución. Es cierto, que en el contexto en que se desenvuelve la intervención de los ocupantes regulada en el art. 661 (procedimiento de apremio) ambos incidentes tienen una utilidad informativa (para los postores). Pero que su utilidad sea informativa no quiere decir que la naturaleza del segundo (el incidente declarativo y contradictorio del 661.2.II LEC) no vaya más allá de una mera información pues el Tribunal resuelve con carácter vinculante para el futuro proceso de ejecución no dineraria, sobre el derecho del ocupante: efecto prejudicial que supera al propio efecto informativo propio de una diligencia preliminar.

<sup>213</sup> Refiriéndose a los procesos declarativos de desahucio, pero con lógica trasladable al supuesto que nos ocupa, TORRES LÓPEZ señala que la ocupación del inmueble por «movimientos fuera del sistema» plantea el problema principal de identificación del demandado y entiende que la respuesta «debe ser la citación de los “ignorados ocupantes del inmueble X”, [...] Lógicamente, es necesario acreditar que nos encontramos ante una de éstas situaciones y el Juzgado por medio de la Oficina Judicial deberá efectuar las comprobaciones oportunas al intentar el emplazamiento de los demandados, puesto que en estos casos la notificación se hará en el mismo inmueble. Pero de resultar negativa ésta, y sin perjuicio de otras averiguaciones que puedan efectuarse, debe proceder la comunicación edictal al amparo de lo dispuesto en el art. 164 LEC [...] la jurisprudencia ha admitido plenamente la demanda contra “los ignorados herederos de X” y que por otro lado se cumple con lo exigido en el art. 155, al que se remite aquél, puesto que el domicilio de los demandados está perfectamente identificado, sin que por lo tanto pueda invocarse indefensión» (Torres López, Alberto, *Los juicios de desahucio...*, 2007., cit., pág. 131). En sentido parecido, FRANCO ARIAS, refiriéndose a la convocatoria a la vista regulada en el art. 675 LEC pero con razonamiento que entendemos aplicable también al caso que ahora nos ocupa, señala que «La petición de lanzamiento a que se refiere el párrafo anterior se notificará a los ocupantes indicados por el adquirente, con citación a una vista dentro del plazo de diez días [...] Es suficiente con designar los ocupantes genéricamente si no se conoce sus nombres concretos (por ejemplo, todo ocupante de la finca adjudicada). Cabe entender que en la vista no sólo pueden participar los ocupantes sino también el adquirente en subasta y cualquier otro interesado» (Franco Arias, J., «Comentario al artículo 675», en AA. VV., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2000, cit., pág. 3360).

notificación también genérica), entendemos que al practicarse la diligencia deben quedar individualizados los sujetos señalados. Para ello será necesario el desplazamiento efectivo de la comisión judicial y la formulación de un requerimiento a los propios ocupantes, haciendo constar la identidad de los receptores o a otros sujetos (requiriendo al receptor de la comunicación para que identifique a los otros ocupantes, por ejemplo) para que identifiquen a los ocupantes de modo personal. Parece ser una exigencia indeclinable del derecho de defensa (que pertenece a cada sujeto individualmente considerado) garantizar a los verdaderos poseedores (excluimos, por tanto, a los terceros no poseedores y a los poseedores que dependen del ejecutado) la puesta en conocimiento de la ejecución que contra ellos se pretende dirigir de modo que puedan ser oídos. El régimen de notificaciones de la LEC está construido sobre la idea de una notificación dirigida a personas determinadas. De ahí que se deba identificar a los ocupantes singularmente<sup>214</sup>. Cosa distinta es que tales ocupantes se resistan a ser identificados (por ejemplo, negándose a recibir a la comisión judicial desplazada al inmueble) en cuyo caso el órgano jurisdiccional podrá valorar tal resistencia como expresión de la verdadera naturaleza de su ocupación: mera resistencia al acto de lanzamiento que no puede obtener amparo alguno por el ordenamiento (art. 118 CE, 17 LOPJ).

### c) Presentación de títulos

Tanto el art. 661.1 LEC como el 704.2.I LEC aluden a «presentación» de títulos («presenten al tribunal los títulos»), término que, en este contexto, parece aludir a un soporte documental: aquel en que conste la razón jurídica que justifica, en su caso, la ocupación; en efecto, los documentos se presentan, las razones jurídicas se exponen o se alegan. El título sería, en este sentido, la documentación del derecho que justifica la ocupación<sup>215</sup>. Una interpretación teleológica permitiría, en nuestra

---

<sup>214</sup> Según el TC, los actos de comunicación procesal «[...] por su acusada relación con la tutela judicial efectiva que como derecho fundamental garantiza el art. 24.1 de la Constitución... no constituye meros requisitos formales en la tramitación del proceso, sino exigencias inexcusables para garantizar a las partes o a quienes puedan serlo, la defensa de sus derechos e intereses legítimos» (STC 48/1990, de 20 de marzo). En el mismo sentido SSTC 9/1981, 22/1987, 205/1988 y 202/1990.

<sup>215</sup> En este sentido, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ «Por títulos parece entender la Ley los documentos que acrediten la existencia de un derecho subjetivo en el tercero oponible a la entrega del bien al ejecutante (v. gr. un contrato arrendaticio válido, un derecho de usufructo, un censo)»

opinión, sostener la validez (y aun la conveniencia) de admitir también en este momento la mera alegación de la causa de ocupación aun cuando no resulte avalada documentalmente. No se debe perder de vista que el trámite de presentación de títulos tiene por función permitir al ejecutante adoptar una decisión sobre si extender (o no) al ocupante la pretensión de lanzamiento; aunque es lógico pensar que un ejecutante adoptará su decisión sobre todo a la vista de los documentos aportados, no cabe descartar pueda adoptarla también ante la razón jurídica (causa o título) meramente invocada o afirmada, con independencia de la prueba que la acompañe. No se olvide que el trámite de aportación documental irá seguido, en su caso, del incidente contradictorio en cuyo seno el ocupante tendrá la posibilidad de utilizar cualesquiera medios de prueba (documentales o no) que le permitan acreditar la razón de su ocupación («alegar y probar lo que consideren oportuno para su situación»). Por otra parte, esta mera alegación (no titulada: sin apoyo documental) podría servir al tribunal para determinar si el incidente de intervención es necesario para dirigir la ejecución frente a tales ocupantes, habida cuenta que de tales alegaciones puede seguirse (como hemos señalado en varias ocasiones) la condición de terceros no ocupantes o de personas dependientes del ejecutado: si éstos en su alegación sostienen, paladinamente, ocupar el inmueble en calidad de huéspedes o familiares.

d) Consecuencias de la falta de presentación de los títulos.

La doctrina discrepa respecto a cual sea el alcance de la falta de alzamiento de la carga impuesta al ocupante respecto a la presentación de sus títulos. Hay que destacar que cuando el legislador ha querido atribuir consecuencias a la pasividad del ocupante, lo ha hecho expresamente: así, la incomparecencia del ocupante a la vista contemplada en el art. 675.3 LEC (al que se remiten tanto el art. 661.2 LEC como el párrafo segundo del art. 704.2 LEC) conlleva que se le declare expresamente sometido a la ejecución<sup>216</sup>. En cambio, ni el art. 661.2 LEC ni el 704.2

---

(Fernández-Ballesteros López, M. A., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Iurgium, Madrid, 2001, pág. 422).

<sup>216</sup> Del mismo modo, el art. 593.2 LEC regula un incidente para determinar la titularidad de los bienes cuyo embargo se pretende. El incidente tiene una tramitación parecida al que ahora nos ocupa, pues mediante él se notifica al tercero para que en el plazo de cinco días comparezca y



LEC prevén consecuencia alguna ante la pasividad del ocupante respecto a la aportación (o alegación) de sus títulos (como trámite previo al incidente declarativo contradictorio)<sup>217</sup>. Parte de la doctrina, sin embargo, ha dado por hecho que sí existen consecuencias derivadas de la falta de aportación documental. Para la posición más radical en este sentido, la consecuencia será el sometimiento del tercero ocupante a la ejecución<sup>218</sup>. Pero esta conclusión queda descartada, en nuestra opinión, por la propia sistemática de los mecanismos de intervención que analizamos: si el ocupante no dispone de documentos que amparen su ocupación, el incidente ulterior regulado en el art. 675.3 LEC le permite todavía acreditar las razones de su ocupación a través de otros medios de prueba que no tienen cabida en el trámite inicial. Además, el pronunciamiento del órgano jurisdiccional sólo está previsto tras el desarrollo de la vista y nada autoriza a adelantarlo al trámite anterior, cuya única función es proporcionar al ejecutante información que permita fundar su solicitud de lanzamiento del tercero ocupante (o desistir de ella). La tramitación parlamentaria confirma la anterior conclusión: en el Congreso se presentaron enmiendas a los arts. 661.2 y 675.2 LEC que incluían la resolución del

---

justifique ser el titular. Tratándose del embargo de bienes inmuebles la justificación habrá de consistir en la presentación de la inscripción registral a su favor (art. 593.3.II) salvo que el inmueble sea una vivienda familiar del tercero en cuyo caso podría admitirse un documento privado si las partes lo admiten (art. 593.3.II). En todo caso la incomparecencia determina la traba (salvo que el tercero diere “razones” de su inasistencia).

<sup>217</sup> MORENO CATENA, no obstante calificar de carga la posición del ocupante, se cuestiona sobre la naturaleza preclusiva del plazo o sobre si cabría aportarlos luego en la posterior y necesaria vista: «Cabe preguntarse si en el acto de la vista se podrán aportar los títulos que justifiquen la ocupación, para lo cual se había concedido un plazo de diez días, o dicho plazo inicial debe considerarse preclusivo. En favor de la primera opción abogaría el hecho de que pueda resultar justificada la demora, o de que no deba desconocerse en la ejecución una titulación jurídicamente existente y válida, por más que no se hubiera aportado en plazo. En favor del carácter preclusivo habría que aducir que se ha concedido al ocupante una oportunidad procesal para presentar su título y que el desalojo no implica un pronunciamiento sobre la titularidad del bien o sobre el derecho a poseer el inmueble, que podrá ventilarse en el juicio declarativo que corresponda» (Moreno Catena, Víctor, *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, tomo IV. La ejecución forzosa*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 138).

<sup>218</sup> MONTERO AROCA y FLORS MATÍES sostienen que «Tan pronto como el tribunal tenga noticia de su existencia, les notificará el despacho de la ejecución, la pendencia de ésta, para que en el plazo de diez días, presenten los títulos que justifiquen su situación. Si no proceden a esa presentación, y en el plazo indicado, puede procederse a su lanzamiento» (Montero Aroca, J. y Flors Maties, J., *Tratado del proceso de ejecución civil*, 2004, cit., pág. 2024).

lanzamiento por falta de presentación inicial de títulos y fueron rechazadas<sup>219</sup>.

Otra posición, más matizada, considera que la falta de presentación en plazo de los títulos origina la preclusión de la oportunidad de aportar dicha documentación en el incidente posterior, pero no la de utilizar otros medios de prueba<sup>220</sup>. Esta interpretación tiene a su favor su sentido práctico y razones de justicia material, además de su apoyo en principios procesales tan básicos como el de tutela efectiva, la prohibición de dilaciones indebidas y la buena fe procesal: el ocupante obrando según las exigencias de la buena fe no debe reservarse documentos de los que ya dispone al tiempo de la notificación, con el único fin de prolongar la ocupación del inmueble en detrimento de la tutela del ejecutante. Sin embargo, esta interpretación también es discutible, pues el ocupante aún no ha sido considerado como parte y ni siquiera se ha solicitado su personación en el proceso de ejecución; es decir, se le considera todavía como un mero tercero cuya posición frente al proceso debe ser determinada. Atribuir a la conducta de un tercero no personado (y quizá no asesorado jurídicamente<sup>221</sup>) una carga procesal susceptible de producir la preclusión

---

<sup>219</sup> Enmiendas alternativas (núms. 375 y 380) presentadas por el Grupo Parlamentario CiU (BOCG, Serie Proyectos de ley, núm. 154 D de 27 de octubre de 1999); ambas rechazadas en la ponencia.

<sup>220</sup> Para ORTELLS «[...] la falta de aportación de los títulos debe tener como consecuencia, atendido el art. 136, la preclusión y la pérdida de la oportunidad de realizar el acto con posterioridad. Es evidente, en cambio, que la consecuencia no es entender que el tercero carece de título suficiente para la ocupación, dado que este efecto lo vincula la ley a otro supuesto procedimental (falta injustificada de comparecencia a la vista: art. 704.2, párrafo segundo en relación con art. 675.3, in fine)» (Ortells Ramos, M., *La ejecución de condenas no dinerarias...*, 2005, cit., pág. 168); el art. 136 LEC, bajo el título «Preclusión» dice que «Transcurrido el plazo o pasado el término señalado para la realización de un acto procesal de parte se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate. El Secretario Judicial dejará constancia del transcurso del plazo por medio de diligencia y acordará lo que proceda o dará cuenta al tribunal a fin de que dicte la resolución que corresponda».

<sup>221</sup> ACHÓN BRUÑÉN (aunque con ello contradice su conceptualización del emplazamiento a presentar los títulos como un “requerimiento”) afirma que «[...] consideramos que la exigencia de que el tercer ocupante se sirva de abogado y de procurador para la presentación de los títulos que justifiquen su derecho posesorio constituiría para éste una carga procesal innecesaria, máxime en los supuestos en que, por considerarse el título de posesión presentado suficiente, no se celebre comparecencia alguna para decidir sobre esta cuestión» (pág. 7). Según FRANCO ARIAS: «El artículo 661 de la LEC parece limitar la intervención de los ocupantes a la posibilidad de que presenten al tribunal los títulos que justifiquen su situación posesoria. Sin embargo y en la medida que pueden verse afectados por el proceso, ya que si no disponen de título suficiente para permanecer en la ocupación tras la adjudicación van a ser lanzados, debe admitirse que puedan solicitar también su plena participación en el proceso (artículo 13 de la LEC y 24 de la CE)» (Franco Arias, Just, «Comentario al artículo 661», en AA. VV., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2000, cit.,

de su derecho a permanecer en el inmueble, parece una conclusión excesivamente dura que vulnera la interdicción de indefensión<sup>222</sup>.

Aun cuando la ley no dice expresamente qué debe hacer el Tribunal con los títulos presentados, nos parece evidente, de la relación entre los dos párrafos del art. 704.2

---

pág. 3323).

<sup>222</sup> PÉREZ DEL BLANCO no cree que se deba considerar un plazo preclusivo, dado que la presentación intempestiva del título «no ha de afectar al fondo de la cuestión que [es] la suficiencia o insuficiencia del título» (Pérez del Blanco, Gilberto, *La ejecución no dineraria en la nueva LEC* (2001), cit., nota 320, págs. 140 y 141). Para ORTELLS «Este acto del tribunal no es, propiamente, el acto inicial del procedimiento conducente a decidir sobre la procedencia del desalojo» afirmando en nota 124 que «Por lo dicho en el texto, para la presentación por el tercero de los documentos acreditativos del título no es necesario que aquel actúe con abogado y procurador, porque el tercero, en este momento, sigue siendo tercero, y no parte en el proceso declarativo especial que después podrá iniciarse»; «[...] este acto [...] da la oportunidad al ejecutante para valorar, atendida la calidad de los títulos, si le conviene instar el desalojo —lo que puede influir en las costas del incidente—» (Ortells Ramos, M., *La ejecución de condenas no dinerarias...*, 2005, cit., pág. 168); ACHÓN BRUÑÉN considera que «[...] la ausencia de presentación de títulos no podrá entenderse como una falta de derecho de los ocupantes a permanecer en el inmueble, por lo que no se podrá hacer constar dicha circunstancia en los edictos que anuncian la subasta, sin perjuicio del derecho del adquirente del bien para solicitar su lanzamiento previa celebración de la comparecencia que prevé el artículo 675 de la LEC» (Achón Bruñén, María José, «La problemática relativa al desalojo de los terceros ocupantes de inmuebles subastados», RCDI, núm. 681 (enero-febrero de 2004), pág. 7). En tal sentido, ACHÓN BRUÑÉN considera que «La doctrina [Moreno Catena, Víctor y Cortés Domínguez, Valentín, *Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, T. IV, La Ejecución Forzosa*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 138] se pregunta si en el acto de la vista se podrán aportar los títulos que justifiquen la ocupación en el caso de que en el plazo de diez días concedido con anterioridad no se hayan aportado; para esta autora, en principio, «podría considerarse que dicho plazo era preclusivo, máxime teniendo en cuenta que el desalojo no implica un pronunciamiento definitivo al poder ventilarse posteriormente la cuestión en el juicio correspondiente», pero que, sin embargo, «por aplicación del principio *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, si la LEC establece en esta comparecencia ninguna limitación en materia de prueba, no se puede impedir al ocupante presentar en la misma los títulos que justifiquen su situación posesoria aunque antes no los presentara en el plazo de diez días concedidos al efecto, ya que ello supondría privarle de su principal medio de defensa» (Achón Bruñén, María José, «La problemática relativa al desalojo de terceros ocupantes de inmuebles subastados», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 681, enero-febrero 2004, V-Lex, edición digital, pág. 9); MORENO CATENA plantea la duda: «Cabe preguntarse si en el acto de la vista se podrán aportar los títulos que justifiquen la ocupación, para lo cual se había concedido un plazo de 10 días, o dicho plazo inicial debe considerarse preclusivo. A favor de la primera opción abogarían el hecho de que pueda resultar justificada la demora, o de que no deba desconocerse en la ejecución una titulación jurídicamente existente y válida, por más que no se hubiera aportado en plazo. A favor del carácter preclusivo cabría aducir que se ha concedido al ocupante una oportunidad procesal para presentar su título y que el desalojo no implica un pronunciamiento sobre la titularidad del bien o sobre el derecho a poseer el inmueble, que podrá ventilarse en el juicio declarativo que corresponda» (*op. cit., ibidem.*). Por el carácter preclusivo se decanta FUENTES SORIANO para quien «el carácter preclusivo del acto se potencia, precisamente, por la posibilidad de acudir posteriormente al juicio ordinario que corresponda en el que dilucidar las cuestiones de fondo sobre la propiedad o la posesión del inmueble» (*op. cit.*).

LEC<sup>223</sup>, que el secretario debe dar traslado de ellos al ejecutante para que, a su vista, adopte la decisión que proceda. Transcurrido el plazo de diez días otorgado en el emplazamiento, hayan o no presentado los ocupantes la documentación oportuna (o formulado alegaciones) el tribunal debe notificar el resultado del trámite al ejecutante para que decida.

### 3.2.5. Incidente declarativo contradictorio

#### a) Razón de ser y función del incidente

Este incidente para determinar la posición de terceros ocupantes de inmuebles objeto de lanzamiento se fundamenta, en nuestra opinión, en la confluencia de tres razones. En primer lugar, en la necesidad de que el proceso de ejecución sea eficaz (exigencia derivada del art. 24.1 CE) lo que aconseja<sup>224</sup> que en el propio proceso de ejecución se aborde la resolución de conflictos que, como el relativo al derecho de los ocupantes a permanecer en el inmueble, habrían de ser, de otro modo, objeto de un proceso separado con la consiguiente dilación y minoración de la tutela efectiva del ejecutante. La eficacia de la tutela judicial se resentiría por el retraso que supone en su satisfacción que supone acudir a un nuevo proceso. Esta primera razón se ve abonada por la posibilidad de fraude que ofrecería la solución contraria: a saber, remitir a un proceso ulterior el desalojo

---

<sup>223</sup> No así para SÁNCHEZ SÁNCHEZ, según el cual «El ejecutante, habrá tenido conocimiento de lo sucedido o bien, en virtud de la diligencia del Secretario haciendo constar que ha transcurrido el plazo señalado sin presentación de título, o bien, examinando en el tribunal las actuaciones y en ellas los títulos aportados. No se prevé la posibilidad de que se dé traslado de ellos al actor» (Sánchez Sánchez, Ricardo, «La ejecución no dineraria en la LEC 1/2000», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, año 2000, núm. 6, pág. 717).

<sup>224</sup> Vid. STC 6/1992; FRANCO ARIAS, citando en su apoyo las SSTs de 24 de junio de 1932 y 26 de junio de 1950, afirma que «Aunque el poseedor no sea el ejecutado, cabe el lanzamiento si se trata de una carga no preferente que deba extinguirse con la ejecución. Ciertamente, en la ejecución se produce una situación peculiar de que se extinguen derechos de terceros e incluso cabe acordar su lanzamiento de la finca que ocupan sin mediar el correspondiente juicio declarativo. Sin embargo, la “sumariedad” con que se actúa en estos casos, por otra parte tasados por la ley, viene impuesta por las necesidades de la propia ejecución. Si no se extinguieran los derechos posteriores a la traba en la propia ejecución y la extinción y consecuente lanzamiento del titular de derechos no preferentes se pospusiera a la tramitación de un posterior juicio declarativo, la eficacia de la ejecución se resentiría gravemente» (Franco Arias, Just, «El procedimiento del art. 131 de la ley Hipotecaria...», *Justicia*, 1992, cit., pág. 937, nota 21).

de todo ocupante distinto del ejecutado (incluyendo junto a éste a los poseedores dependientes de él y a los terceros no poseedores): si la mera invocación de un derecho a la permanencia (aun de un mero *ius possessionis*) por quien no es ejecutado nos remitiese a un proceso ulterior se estaría invitando a crear fácilmente situaciones aparentes que permitirían prolongar la permanencia indebida en el inmueble<sup>225</sup>. En segundo lugar, la existencia del título ejecutivo, sea por sí mismo y la presunción a él asociada, sea a través de su inscripción, permite determinar fácilmente el mejor derecho del ejecutante a la posesión del inmueble respecto del derecho que para ello pueda esgrimir (y aún probar) el tercero ocupante. De este modo, el incidente no pretende determinar de forma general y definitiva el mejor derecho del demandante a ocupar el inmueble (el demandante no puede aportar pruebas ni nuevos títulos), sino tan solo el mejor derecho a su posesión que pueda derivarse del mero contraste (sin más) entre el título ejecutivo (y su eventual inscripción) y el derecho a poseer esgrimido y probado por el ocupante. En tercer lugar, la exigencia de tutela efectiva que corresponde a todo sujeto en cuanto prohibición de indefensión impide que la eficacia del título ejecutivo se pueda hacer valer sin posibilidad de contradicción<sup>226</sup>. Esta última razón explica que, en ausencia del incidente, fuera muy problemático (como reflejó en su día el Tribunal Constitucional) el sometimiento a la ejecución de los ocupantes del inmueble.

---

<sup>225</sup> MANDRIOLI, ocupándose de esta cuestión en el Derecho italiano, afirma que la extensión a terceros del lanzamiento se enfoca, en ocasiones, de modo pragmático como respuesta a exigencias prácticas: «[...] Puesto que el bien a cuya obtención la ejecución de que tratamos está preordenada se resuelve en la posesión de la cosa mueble o inmueble que sea, y, puesto que, consiguientemente, el obligado a la entrega o el desalojo [*consegna o rilascio*] puede fácilmente con la transferencia de su posesión a un tercero poner al acreedor frente a un sujeto diverso del que resulta del título ejecutivo, aparece evidente la exigencia de evitar que, con expedientes de este tipo la ejecución venga paralizada o frustrada» y otras, en cambio, como expresión de la propia eficacia de la sentencia (*erga omnes*, frente a titulares de derechos dependientes o incluso de derechos autónomos, según las diversas tendencias) (Mandrioli, Crisanto, voz «Esecuzione per consegna o rilascio», en *Digesto delle discipline privatistiche sezione civile* (vol. VII), UTET, Torino, 1991, págs. 616 y sigs.; también pág. 624).

<sup>226</sup> CORDÓN MORENO, considera, En este sentido, que es «[...] la finalidad perseguida en este precepto: informar a los posibles licitadores de la situación posesoria de la finca y, en su caso (si el ejecutante lo ha pedido), sobre las posibilidades de desalojo inmediato de los ocupantes. En este último supuesto, se habrá tutelado también, en este momento previo, dentro del propio proceso de ejecución y por el tribunal competente, el derecho de tales ocupantes a ser oídos y poder defender la legitimidad de su situación» (Cordón Moreno, F., *El proceso de ejecución*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2002, pág. 360).

Por tanto, y en resumen, el incidente declarativo que diseñan los artículos 661.2, 675 (en sus apartados 2 —párrafo segundo—, 3 y 4) y 704.2 LEC pretende<sup>227</sup> armonizar, por una parte, las exigencias de tutela efectiva del derecho del ejecutante que se vería gravemente perjudicada si el lanzamiento tuviera que paralizarse ante cualquier ocupante distinto del ejecutado sin detenerse a considerar, siquiera en el marco limitado que permite el contraste entre el título ejecutivo y el título esgrimido por el ocupante, la razón de su permanencia; y, por otra parte, la exigencia de tutela, que también ha de ser efectiva (art. 24 CE), para aquellos ocupantes del inmueble cuya entrega contempla el título y cuya razón de permanencia ha de ser objeto de consideración autónoma, permitiéndoles ser oídos y practicar prueba sobre su derecho a permanecer en el inmueble en tanto éste no sea afectado directamente por el título ejecutivo<sup>228</sup>.

Desde el punto de vista del proceso de ejecución en que se inserta, se trata de un incidente destinado a determinar la posición procesal frente al mismo de aquellos terceros que ocupan el bien inmueble en cuya entrega —y eventual lanzamiento— consiste la satisfacción del acreedor. En este sentido, el significado del incidente variará según su resultado, es decir, según la razón por la cual el derecho del ocupante deba ceder o prevalecer frente al título ejecutivo. Si la posición del ocupante se amparaba en un derecho propio y autónomo respecto al derecho o posición jurídica que ostentaba el ejecutado pero que, no obstante, debe ceder ante el título ejecutivo, nos encontraremos ante una ampliación de la responsabilidad sometida al título ejecutivo y, por consiguiente, ante una ampliación de la legitimación pasiva en el proceso, o, si se prefiere, una novación subjetiva de la ejecución (incorporando nuevos ejecutados). El incidente habrá desarrollado la

---

<sup>227</sup> Según PEREZ-CRUZ MARTÍN, la presencia de terceros hace surgir «la necesidad de conciliar el derecho de defensa, la tutela judicial efectiva, con el cumplimiento estricto de la obligación de desalojar al condenado y hasta la obligación de impedir fraudes tendentes a enervar los efectos de una sentencia» (Perez-Cruz Martín, Agustín-J., *El desahucio arrendaticio urbano. Aspectos sustantivos y procesales*, Forum, Oviedo, 1999, pág. 124).

<sup>228</sup> GARBERÍ LLOBREGAT lo considera «instrumento procesal privilegiado [...] en orden a obtener el lanzamiento de los ocupantes del inmueble, que aquel rematante o adjudicatario podrá ejercitar dentro del plazo de un año desde la adquisición» (Garberí Llobregat, José, *La ejecución forzosa en la nueva LEC*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 799). ORTELLS RAMOS entiende que la función del incidente es «[...] dilucidar si, atendidos los derechos que el tercero ha hecho valer, el mismo debe ser desalojado del inmueble para entregar la posesión al ejecutante» (Ortells Ramos, M., *La ejecución de condenas no dinerarias...*, 2005, cit., pág. 167).

función propia de una intervención provocada (teniendo en cuenta que el desarrollo del incidente requiere siempre instancia de parte<sup>229</sup>). Por el contrario, si el derecho del ocupante le permite mantener su posición como tercero a pesar del título ejecutivo el incidente habrá desarrollado la función propia de una tercería<sup>230</sup>, al excluir del proceso de ejecución a quien se ve afectado indebidamente por el mismo.

Algunos autores se resisten a hablar de partes para aludir a los terceros ocupantes que, tras el incidente, quedan sometidos a la ejecución y prefieren aludir a ellos con otra terminología —«terceros afectados por la ejecución»<sup>231</sup>—. Formarían parte, según esta postura, de aquellos sujetos contemplados expresamente en los artículos 538.3 y 562 LEC como sujetos frente a los que se dirige la ejecución y con derecho por consiguiente a emplear los recursos previstos en la ley frente a los actos ejecutivos. La posición de estos sujetos cuyo sometimiento a la ejecución ha quedado establecida en un incidente declarativo es similar a la prevista en dicho artículo 538.3 LEC: sujetos vinculados a un bien sobre el cual se dirige la ejecución en virtud de un vínculo con el mismo reconocido por el Tribunal.

---

<sup>229</sup> REDONDO GARCÍA con referencia al art. 675 afirma que «La declaración debe ser solicitada por el adquirente (“el adquirente podrá pedir”, dice el precepto), lo que significa que no se procede *ex officio* al incoar el incidente» (pág. 68).

<sup>230</sup> FAIRÉN GUILLÉN ofrece, en nuestra opinión, una acertada caracterización del incidente (aun cuando, debido al contexto en que la hace, limita su análisis a un específico tipo de ocupantes con peculiares características) al exponer que es «[...] una incidencia del proceso en situación de ejecución forzosa, con terceros y no a través de una tercería. Tiene carácter declarativo ya que los *okupantes* [sic.], si comparecen, pueden “alegar y probar lo que consideren oportuno con respecto de su situación”. Y sumario, ya que los derechos de los mismos quedan deferidos “el juicio que corresponda” —el plenario—, que será uno de los dos ordinarios de la LEC. Para las primitivas partes, tiene carácter de incidente declarativo en la ejecución, mas para los *okupantes* abre la puerta definitivamente a su expulsión del inmueble; y ello es más que un simple incidente. Es un juicio declarativo sumario, referente al hecho de su estancia en el referido inmueble. La LEC no parece preocuparse más de lo que en realidad es ese juicio sumario en problema tan trascendente como el de la propiedad de inmuebles» (FAIRÉN GUILLÉN, V., «Los “okupas” en la Ley de Enjuiciamiento Civil», 2004, cit., pág. 607). De proceso sumario lo cataloga también FUENTES SORIANO («Ejecución y entrega de bienes inmuebles ocupados. Obligación de dar», *Práctica de Tribunales (La Ley)*, mayo de 2008, núm. 49, edición digital).

<sup>231</sup> SEGOVIANO ASTABURUAGA, María Luisa, «[Comentario al] art. 538», en AA. VV., *Comentarios a la Nueva LEC*, Lex nova, Valladolid, 2000, págs. 2521 a 2331.

En cambio, cuando la posición del ocupante estaba subordinada a la del ejecutado (a cuyo amparo ocupaba el inmueble: huésped, empleado, familiar...) o carecía en absoluto de razón o causa para la misma (cual es el caso del tercero que no ocupa realmente el inmueble sino que accede al mismo para defraudar la ejecución: okupa, vecino...), la resolución que declare su falta de derecho a permanecer en el inmueble no supondrá una ampliación de responsabilidad o una nueva legitimación pasiva en el proceso de ejecución sino la constatación de una condición de tercero sometido a la actividad ejecutiva en virtud de la obligación procesal de soportar la misma, sin obstaculizarla, y de colaborar en su éxito conforme a los arts. 118 CE y 17 LOPJ<sup>232</sup> y, por consiguiente, no se convierte en una nueva parte pasiva en el proceso (ni en uno de los sujetos contemplados en los arts. 538.3 y 562 LEC)<sup>233</sup>, no siendo destinatarios de comunicaciones ni ostentando derecho a interponer recursos o formular alegaciones. Es más, la afirmación por su parte de una posesión que se revelan inexistente puede ser considerada un fraude procesal y, en la medida en que en tal fraude procesal hayan colaborado las partes o sus representantes legales (por ejemplo, ratificando ante la Comisión del Juzgado las afirmaciones de tales sujetos de ser verdaderos poseedores o habitantes de los inmuebles), podrán hacerse merecedores de las sanciones procesales previstas en los apartados 3 y 4 del art. 247 de la LEC<sup>234</sup>.

---

<sup>232</sup> PEREDA GÁMEZ define la obligación procesal como «[...] aquella prestación de dar, hacer o no hacer impuesta a las partes o a terceros dentro del proceso cuya inobservancia lleva aneja una sanción jurídica» (Pereda Gámez, Francisco Javier, «Ejecución de condenas de dar, hacer y no hacer y liquidación de títulos ejecutivos y ejecución de sentencias», en AA. VV. (Pereda Gámez, dir.), *Ejecución de sentencias civiles (II). La vía de apremio*, CGPJ, Madrid, 1997, págs. 27 y 28). Esta obligación de colaboración supone que ya no son terceros ajenos (o extraños) a la ejecución sino que tienen, merced a su posición jurídica o material, deberes jurídico-públicos específicos con relación a la misma que, sin embargo, no los convierten en partes.

<sup>233</sup> En este sentido, ARANGÜENA FANEGO, niega que cierta categoría de ocupantes pueda gozar de derechos procesales, señaladamente del derecho al plazo de «de gracia»; afirma la autora que «será decisivo a este respecto lo que haya decidido el juez en el auto resolutorio del incidente, puesto que no será lo mismo la situación de una persona que habitara el inmueble con título insuficiente, que aquel que lo hiciera mediante contrato otorgado con evidente fraude de ley en perjuicio del ejecutante. Mientras que en el primer caso nada parece oponerse a que el juez deba fijar un plazo para el desalojo y que éste pueda ser del mes previsto en el 704.1, incluso prorrogable si existen motivos suficientes que justifiquen este extremo, no puede otorgarse el mismo tratamiento en el otro caso descrito, en el que la mala fe y el abuso de derecho deben tener, al margen de las eventuales sanciones que se describen en el artículo 247.3, una inmediata respuesta decretando el lanzamiento inmediato» (ARANGÜENA FANEGO, Coral, «[Comentario al] art. 704», págs. 3658 y 3659).

<sup>234</sup> Según art. 247.3 «Si los tribunales estimaren que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrá imponerle, de forma motivada, y respetando el



### b) Naturaleza del incidente de intervención de terceros

Se trata de un incidente declarativo sumario con función ejecutiva. De su naturaleza incidental puede extraerse la aplicación de las normas correspondientes (arts. 387 y sigs. LEC) en lo que sean de aplicación<sup>235</sup>. La sumariedad se deriva la eficacia atribuida al auto resolutorio del incidente expresada en el art. 675.4 LEC, pues «dejará a salvo, cualquiera que fuere su contenido, los derechos de los interesados, que podrán ejercitarse en el juicio que corresponda»<sup>236</sup>, de modo que ejecutante y ejecutado dispondrán de la oportunidad de iniciar un proceso plenario ulterior en el que aspirar al reconocimiento de su derecho a la ocupación del inmueble sin las limitaciones del incidente. La sumariedad no tiene por causa, sin embargo, la limitación de medios de prueba. Tampoco constituye un enjuiciamiento *prima facie*, pues el Tribunal no resuelve de forma «urgente» o «de plano» a partir de los datos limitados e inmediatamente disponibles sino que forma su convicción tras el desarrollo de una fase de prueba sin limitación de medios ni de tiempo<sup>237</sup>. La

---

principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de 180 a 6.000 euros, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio.//Para determinar la cuantía de la multa el tribunal deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate, así como los perjuicios que al procedimiento o a la otra parte se hubieren podido causar»; Según el art. 247.4 «Si los tribunales entendieren que la actuación contraria a las reglas de la buena fe podría ser imputable a alguno de los profesionales intervinientes en el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, darán traslado de tal circunstancia a los Colegios profesionales respectivos por si pudiera proceder a la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria».

<sup>235</sup> El artículo 388 LEC: «Norma general sobre procedimiento.— Las cuestiones incidentales que no tengan señalada en esta Ley otra tramitación, se ventilarán en la forma establecida en este capítulo»; Por otra parte, el régimen de la vista puede completarse con lo previsto en los artículos 182 y siguientes.

<sup>236</sup> En este sentido, FAIRÉN GUILLÉN quien, sin embargo, critica que la sumariedad deba ser deducida de tal expresión y no se haga un pronunciamiento expreso como, por otra parte, promete el art. 447.4 LEC al afirmar que «No producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión, las que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler, y sobre otras pretensiones de tutela que esta Ley califique como sumaria. Tampoco tendrán efectos de cosa juzgada las resoluciones judiciales a las que, en casos determinados, las leyes nieguen esos efectos» (Fairén Guillén, V., «Los “okupas” en la Ley de Enjuiciamiento Civil», 2004, págs. 668 y 669).

<sup>237</sup> No compartimos plenamente las afirmaciones de GÓMEZ CALERO quien, en referencia a la LEC de 1881, afirma que «[...]cuando alguna persona (física o jurídica) distinta del propietario primitivo (es decir, un tercero) está ocupando de hecho el inmueble subastado y, alegando algún título o derecho, se niega o se resiste a abandonarlo. ¿Qué será lo procedente en tal supuesto? Comparto la posición de SANTOS REQUENA {se refiere a Santos Requena, *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio*, Comares, Granada, 1998}, para quien “el criterio que ha de seguirse para

naturaleza sumaria del incidente proviene, más bien, de la restricción del objeto de enjuiciamiento, limitado al alcance que sobre el derecho del ocupante pueda ejercer el título ejecutivo ya reconocido sin que el ocupante pueda negar la existencia de tal derecho (con pretensiones de nulidad, por ejemplo) ni el ejecutante esgrimir otros derechos más allá de los amparados por el título ejecutivo.

Para «calificar» el tipo de incidente habrá que fijarse en su resultado. Al respecto, debemos destacar la naturaleza bifronte del incidente analizado. Por un aparte, es un incidente del proceso de ejecución en la medida en que surge con ocasión de la actividad propia de su *iter* procedimental (la constancia, en el curso de alguno de los trámites del lanzamiento, de la presencia de un tercero ocupante inmueble impidiendo la continuación del proceso) y en atención a su misma finalidad (la eficacia de la ejecución) por cuanto pretende resolver la posición del tercero-ocupante que no figurando en el título representa un obstáculo a la satisfacción del derecho amparado por el título ejecutivo. Pero, por otra parte, es un incidente declarativo<sup>238</sup>, pues el resultado del incidente es la declaración jurisdiccional vinculante (aunque sin efecto de cosa juzgada material) de la posición de los ocupantes respecto al proceso (con el efecto propio de una intervención provocada o de una tercería, según los casos).

---

decidir si es posible la puesta en posesión pese a la oposición de esos terceros parece ser la intensidad de la apariencia de buen derecho que estos esgriman”. La “apariencia de buen derecho” (*fumus boni iuris*) se erigiría así en la pauta que habría de seguir el Tribunal de la ejecución para determinar si procedía sin más el lanzamiento o si el adjudicatario tendría que entablar un nuevo proceso para hacer valer sus derechos frente a terceros. Pienso que no puede bastar con que uno de estos ocupantes invoque un derecho o un título (que a su juicio justifique la ocupación) para que el adquirente venga obligado a promover un nuevo proceso, sino que habrá que estar en cada caso a la prioridad y prevalencia de una u otra de las dos posiciones que se enfrentan: la del rematante (titular dominical del inmueble subastado merced al testimonio del auto de aprobación del remate) y la de // los terceros que, esgrimiendo un título, ocupen de facto el propio inmueble; porque este “título”, lo mismo que puede ser una escritura notarial auténtica plenamente válida y eficaz, puede consistir también en un acuerdo verbal simulado, fraudulento o nulo» (pág. 4835 y 4836). En todo caso, si este análisis puede haber sido correcto con la LEC de 1881 en que el conocimiento por el Tribunal de la posición del ocupante dependía exclusivamente de una valoración *prima facie* sobre la documentación aportada (como admitió el TC a partir de 1995, en su segunda línea jurisprudencial), no puede serlo es tras la LEC 1/2000, al acoger el legislador la segunda línea de jurisprudencia constitucional (STC 6/1992) que confía la decisión judicial a una contradicción plena sin limitación probatoria.

<sup>238</sup> FERNÁNDEZ-BALLESTEROS lo califica de «incidente contradictorio centrado en la vista para la alegación y la prueba» (Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Iurgium, Madrid, 2001, pág. 422).

Algún autor (FAIRÉN GUILLÉN) ha comparado este incidente con una «diligencia preliminar», sin distinguir entre el trámite informativo que lo precede (para el que suscribimos dicho carácter con las matizaciones ya formuladas) y el incidente declarativo propiamente dicho, para el que hay que rechazar tal conclusión. Mediante una diligencia preliminar el Tribunal facilita a un futuro litigante el acceso a la información relevante para determinar el curso de su demanda, actuando, ante todo, su potestad coercitiva. En el incidente que nos ocupa, en cambio, el tribunal emplea su potestad declarativa y resuelve sobre la situación jurídica del ocupante. Que la eficacia de esta resolución pueda ser prejudicial (en el supuesto de hecho del art. 661.2 LEC) no quita que su naturaleza se aparte de la propia de las diligencias preliminares. Más bien, como hemos afirmado es incidente que sirve tanto a la intervención procesal provocada de los ocupantes (convirtiéndolos en parte ejecutada) como a su posible declaración como terceros (tercería).

*Primera.*— El lanzamiento, como institución jurídica procesal, puede delimitarse por la finalidad o resultado que persigue en el seno de un proceso de ejecución (el lanzamiento como efecto o resultado): la entrega de la posesión inmediata de un bien inmueble que indebidamente ostenta el demandado para satisfacer al demandante amparado por un título ejecutivo que le atribuye un *ius possidendi* sobre dicho inmueble. Esta finalidad se alcanza mediante una variedad de actividades procesales (el lanzamiento como actividad procesal) que pueden concebirse con mayor o menor amplitud pero que tienen como eje vertebrador la actividad judicial de sustitución y de coerción respecto de la conducta de entrega posesoria que correspondía al deudor según un título ejecutivo.

*Segunda.*— La actividad procesal de lanzamiento (el lanzamiento como actividad) no está descrita por la LEC; puede comprender cualesquiera actividades instrumentales que sean precisas para la transmisión de poder material sobre el inmueble, lo que, a su vez, dependerá del tipo de poder que el deudor ejerza sobre el mismo y de los medios de los que se valga para ello. Cuando se trata de una vivienda, estas actividades se han identificado tradicionalmente (y de modo arquetípico) con la coerción directa y *manu militari* (previa amenaza de la misma): un hacer salir fuera del inmueble al que lo ocupaba, al ser la ocupación o inmisión física en el interior del inmueble la forma propia de ocupación de inmuebles cerrados y, singularmente, de las viviendas. A esta actividad de coerción directa e indirecta se puede añadir, también formando parte del «lanzamiento modelo», la actividad de sustitución judicial para retirada de elementos de control de acceso (cerradura, animales de guarda...). Sin embargo, al amparo del art. 703.1 LEC, son, en principio, medios válidos para el lanzamiento todos aquellos que permitan sustituir las conductas instrumentales de la entrega, sean éstas de hacer personal (la salida del inmueble o la retirada de animales de custodia) o personalísimo (la desactivación de una alarma), de no hacer (como no regresar al inmueble o impedir el acceso del demandante) o de dar cosas muebles (entrega de llaves y otros dispositivos de acceso). Por tanto podrá acudir a medios de ejecución como las multas coercitivas (como instrumento del hacer personalísimo o de un no hacer); a la sustitución por un tercero (para la entrega de bienes muebles o para el hacer no personalísimo), a la sustitución por el tribunal (si se quiere sustituir un hacer de naturaleza jurídica frente a terceros). Pero también puede acudir a medidas atípicas (no contempladas expresamente en la LEC) en cuanto sean necesarias para lograr que el lanzamiento sea conforme al principio de proporcionalidad (condición de su validez) y, en particular, la solicitud de cooperación en la ejecución, bajo autoridad del tribunal, de

aquellas Administraciones públicas a cargo de la atención a personas en situación de necesidad o vulnerabilidad.

*Tercera.*— Concebido como una secuencia de actividades con un fin común dentro del proceso, el lanzamiento (el «acto del lanzamiento» de que habla el art. 703.2 LEC) puede identificarse con la secuencia de actividades desarrolladas en el inmueble objeto de entrega judicial en un día y una hora prefijados («señalados») por el tribunal; es decir, con las actividades mediante las cuales el ocupante del inmueble es desplazado fuera del mismo, por cuanto su presencia sirve instrumentalmente a su posesión, a la vez que son removidos cualesquiera otros medios que le permitan ejercer su poder y control sobre el inmueble (sea regresando al interior del inmueble a su voluntad, sea impidiendo o dificultando el acceso ajeno). Convenimos en denominar esta actividad «diligencia de lanzamiento». En esta actividad se incluyen distintos medios instrumentales de la entrega posesoria siempre que se desarrollen en el lugar y hora fijados para la diligencia: medios de coerción indirecta (orden de abandono dirigida por la Comisión judicial al ocupante); medios de coerción directa del hacer personal que supone el abandono (restricción de libertad ambulatoria del ocupante para su desplazamiento locativo fuera del inmueble); medios de sustitución o subrogación de prestaciones no personalísimas (actividades necesarias para desactivar los mecanismos de acceso al inmueble); medios de asistencia al ejecutado por las Administraciones públicas convocadas a la diligencia: traslado de enfermos a centros sanitarios, atención a las de personas sin medios al alojamiento alternativo, etc.

*Cuarta.*— El lanzamiento, entendido como actividad procesal para la entrega de la posesión inmediata del inmueble, comprende trámites y diligencias previas y posteriores a la «diligencia de lanzamiento» mencionada. Configura, de este modo, una verdadera fase procesal. Las actividades previas viene delimitadas por el marco temporal que supone el plazo de garantía otorgado al deudor según los arts. 699, 703.1 y, para el caso de vivienda habitual, el art. 704.2 LEC (el tradicional plazo de gracia o humanidad). La finalidad central de esta etapa de la fase de lanzamiento es que el deudor colabore en la entrega posesoria (siendo intimado a ello por el tribunal ejecución indirecta o psicológica), sirviendo como alternativa a la diligencia de lanzamiento (que no puede desarrollarse mientras dure el plazo otorgado). Pero junto a la función reseñada, durante esta etapa previa a la diligencia de lanzamiento el tribunal puede acordar un conjunto de medidas ejecutivas también orientadas a la entrega posesoria y, por tanto, parte del lanzamiento. Estas actividades incluyen, en primer lugar, las medidas de preparación de la diligencia: medidas adoptadas en el decreto de concreción de medidas ejecutivas e implementadas a través de mandamientos,

requerimientos, oficios y exhortos dirigidas a los diversos sujetos públicos y privados que deben preparar o asistir a la diligencia lanzamiento, incluyendo ordenes y prohibiciones del tribunal al demandado destinadas a preparar la diligencia —desactivación de alarmas, retirada de animales peligrosos, información sobre su estado de salud o necesidades sanitarias, etc.—. En segundo lugar, el tribunal puede acordar medidas destinadas a evitar o hacer innecesaria la diligencia, por ejemplo, proporcionando al ocupante la cooperación pública —en su caso, privada— que necesita para poder cumplir con el requerimiento de abandono que se le ha formulado (medidas atípicas al amparo del art. 703.1 LEC). En tercer lugar, medidas «cautelares» para evitar el *periculum in mora* consustancial al plazo previo a la diligencia: sean medidas de garantía de la viabilidad de la diligencia de lanzamiento, sean medidas de garantía de la viabilidad de la indemnización sustitutiva (ejecución por equivalente) para el caso de que la ejecución específica de entrega deviniera imposible (art. 700 LEC).

Quinta.— Las actividades de lanzamiento posteriores a la diligencia serán necesarias, en primer lugar, cuando ésta se haya mostrado insuficiente para dar satisfacción al acreedor (que no habrá conseguido recobrar con ellas la posesión plena de la vivienda, en detrimento del principio de eficacia). En este sentido, al amparo de los amplios términos del párrafo primero del art. 703.1 LEC el tribunal podrá dirigir al demandado órdenes de hacer o no hacer específicas para perfeccionar la entrega (si, por ejemplo, perturba la posesión del demandante). El tribunal podrá, asimismo, ordenar las actividades necesarias de preparación (incluso, evitación) de una segunda diligencia (ofreciendo, por ejemplo, una cooperación adecuada al ejecutado o convocando a la nueva diligencia a las Administraciones públicas idóneas o a los profesionales adecuados). Igualmente tras la diligencia fallida podrán adoptarse nuevas medidas que eliminen el *periculum in mora* consustancial al retraso de la nueva diligencia (art. 700 LEC). En segundo lugar, las actividades posteriores a la diligencia de lanzamiento pueden ser necesarias si las programadas inicialmente se han mostrado insuficientes para evitar perjuicios desproporcionados en la esfera jurídica del demandado, por ejemplo, asegurando el deber de cooperación que se impuso las Administraciones públicas competentes. En este sentido, corresponderá al tribunal instar al cumplimiento de las medidas de atención que amparaban la licitud (proporcionalidad) de la medida restrictiva de derechos fundamentales.

Calificar como lanzamiento este conjunto de actividades previas y posteriores a la «diligencia de lanzamiento» no es, por supuesto, más que una opción terminológica que espiritualiza el concepto (aunque esta espiritualización es una constante de la evolución semántica del

término); pero con ello se evita que el concepto originario y nuclear (el lanzamiento como diligencia espacial y temporalmente delimitada) monopolice conceptualmente la actividad de entrega posesoria e impida tener presentes la variedad de mecanismos y de fines que la LEC autoriza y asume, respectivamente, para la entrega posesoria, sustrayendo de tal modo posibilidades tanto para la satisfacción del acreedor como para el respeto debido a los derechos fundamentales del deudor.

*Sexta.*— Una concepción amplia del lanzamiento debe tener presente que el lanzamiento, como toda actividad procesal, no es sólo pura actividad material sino que comprende la actividad que asegura la satisfacción del conjunto de garantías que el proceso de ejecución dispone y exige para la aplicación del derecho y, en particular, las actividades de cognición y de contradicción. Se pone de relieve la función que cumple el proceso de ejecución (y el lanzamiento como fase del mismo) en la realización eficaz, pero también acertada, del derecho reconocido en un título ejecutivo, en cuanto requiere del tribunal la consideración circunstanciada de los derechos del demandado, tomando decisiones sobre el alcance de la actividad de coerción a desarrollar conforme al principio de proporcionalidad, sobre todo cuando la actividad afecta derechos fundamentales. Adquieren particular relieve en este sentido los decretos de concreción de medidas ejecutivas dictados por el secretario judicial tras la orden general de ejecución. Mediante ellos el secretario ordena la actividad de preparación y evitación de la diligencia y las medidas en garantía de su éxito considerando la información disponible o que el propio tribunal pueda obtener. Aun cuando el art. 551.5 LEC alude a un único decreto, hay que entender que el secretario dictará los que sean precisos en función de las circunstancias que puedan llegar a conocerse durante el transcurso de la actividad ejecutiva.

*Séptima.*— La concepción del lanzamiento como fase procesal destaca igualmente los diferentes medios de impugnación de que disponen las partes frente a la actividad judicial desarrollada por el tribunal (arts. 551.5, 562 y 563 LEC), incluidos los previstos frente a actos materiales de ejecución desarrollados durante la diligencia de lanzamiento sin el amparo de una resolución expresa (art. 562.1.3.º LEC). La impugnación de la actividad procesal, adopte esta la forma de resolución o la vía de hecho, puede determinar la suspensión de la medida de ejecución impugnada cuando ésta pueda producir perjuicios de imposible reparación (art. 567 LEC), suspensión que debe extenderse a la propia diligencia de lanzamiento cuando las medidas impugnadas han de desarrollarse en el curso de la misma. La impugnación de actos materiales realizados durante la diligencia de lanzamiento justifica la interrupción, de la diligencia para que el secretario judicial pueda pronunciarse sobre su

suspensión, sobre todo si la impugnación se funda en la vulneración de los derechos fundamentales del ocupante del inmueble por las medidas ejecutivas realizadas sin el amparo en resolución previa. La exigencia de un depósito para acordar la suspensión no debe exigirse a quienes ya hayan obtenido el beneficio de justicia gratuita.

*Octava.*— La concepción del lanzamiento como fase procesal evita confundir la interrupción y suspensión de la diligencia de lanzamiento con una mera obstrucción o dilación indebida de la tutela efectiva debida al acreedor, concibiéndola, en cambio, bien como una medida ejecutiva más al servicio de la efectividad de la tutela debida al demandante (cuando la suspensión o interrupción sirve, precisamente, a la entrega posesoria permitiendo acudir a nuevos medios no contemplados en el decreto de concreción ejecutiva y que se estiman necesarios para su eficacia —como la asistencia de la policía judicial—), bien como una medida al servicio de la proporcionalidad (cuando la suspensión o interrupción sirve a la tutela efectiva de los derechos fundamentales del ejecutado en la medida en que estos requieran medios específicos de desalojo —necesidad de colaboración de los servicios sanitarios, por ejemplo— de los que tampoco se disponga). En tanto la diligencia de lanzamiento no agota todas las medidas de ejecución posibles, el hecho de su interrupción y suspensión, no equivale a la suspensión de la ejecución: el lanzamiento, como tal fase procesal, cual continúa, para hacer posible, precisamente, que la puesta en posesión se haga efectiva en la nueva diligencia que se señale. La suspensión del lanzamiento (como diligencia) no supone, sin embargo, la recuperación del plazo inicial otorgado al deudor (ex arts. 699 y 704.2 LEC) que le garantizaba una cierta autonomía en la gestión de su desalojo.

*Novena.*— El lanzamiento, en cuanto fase procesal, se puede hallar inserto en diversos tipos de procesos de ejecución no dineraria para la entrega de bienes inmuebles; algunos de ellos, hacen referencia explícita al lanzamiento como medio de ejecución: el proceso de ejecución en caso de desahucio (sea la ejecución de la sentencia de desahucio dictada tras la vista del juicio o por incomparecencia, sea la ejecución de la sentencia de desahucio dictada por allanamiento del demandado, sea la ejecución del decreto del secretario dictado por falta de oposición del demandado en la fase monitoria del proceso de desahucio); el proceso para la entrega posesoria del inmueble adquirido en el procedimiento de apremio con base en el testimonio de la adjudicación; los procesos de ejecución de sentencias de separación, divorcio o nulidad o de las medidas provisionales dictadas en los mismos (entrega de la vivienda conyugal) y los procesos para la ejecución de la sentencia de privación de uso de la vivienda por realización de actividades ilícitas



en el inmueble (art. 7.2 Ley de Propiedad Horizontal). Por supuesto esta fase procesal sirve para la ejecución de sentencias de condena a prestaciones no dinerarias consistentes en la entrega del inmueble (acciones arrendaticias distintas del desahucio; juicios posesorios...). También puede aparecer la fase de lanzamiento en procesos de ejecución dineraria cuando en el curso de la misma se acuerde la adjudicación de un inmueble en pago o para pago de la deuda dineraria.

*Décima.*— La fase de lanzamiento que se inserta en los procesos de ejecución mencionados se rige, como regla general, por normas procesales comunes con algunas peculiaridades que se derivan de la modalidad de título ejecutivo a cuyo cumplimiento sirven. La excepción la representan las modalidades de lanzamiento para ejecución de sentencias de desahucio y del decreto dictado como consecuencia de la falta de oposición al trámite monitorio de desahucio. Se trata del denominado «lanzamiento directo» y el que hemos denominado «lanzamiento rápido». La primera modalidad de lanzamiento se inserta en la denominada «ejecución directa» que es una ejecución sin trámites intermedios entre la sentencia de condena y la «diligencia de lanzamiento». Es decir, es una ejecución que, aparentemente, es sólo lanzamiento y un lanzamiento que, aparentemente, coincide con la diligencia de lanzamiento. El «lanzamiento directo» supone una fase de lanzamiento que, frente al lanzamiento común u ordinario, comienza con la diligencia (el día y hora señalados de modo anticipado durante el juicio declarativo de desahucio), suprimiéndose tanto fases de ejecución previas (fase de despacho de ejecución) como las actividades de preparación y evitación del lanzamiento que en el lanzamiento común preceden a la diligencia. Pero esta modalidad de lanzamiento rápido no significa la supresión de las posibilidades de cognición, de proporcionalidad y de contradicción propias del proceso de ejecución: estas tareas comenzarán en el mismo momento de la diligencia, atendidas las condiciones reales que se adviertan por la Comisión judicial. En efecto, en consideración a las circunstancias apreciadas *in situ* por la Comisión judicial (percibidas por la misma o puestas de manifiesto por las partes o sus abogados) se deberá valorar la suficiencia de los medios disponibles produciéndose de ser necesario, por exigencias de eficacia o de proporcionalidad, la interrupción de la diligencia y el secretario adoptará las resoluciones oportunas (decretos de concreción de medidas ejecutivas) suspendiendo la diligencia, realizando un nuevo señalamiento y recabando los medios humanos y materiales para garantizar los principios de la eficacia y proporcionalidad de la ejecución; también podrá adoptar medidas cautelares para evitar el *periculum in mora* derivado de la suspensión e, incluso, adoptar medidas de ejecución para constreñir conductas instrumentales de hacer o no hacer. De este modo, la fase de lanzamiento se prolonga más allá o al margen de la diligencia.

También se apartan del procedimiento común o general de lanzamiento las modalidades de «lanzamiento rápido» que se siguen tras juicios de desahucio por falta de pago o expiración de plazo arrendaticio cuando el arrendador ha decidido no acumular la pretensión de ejecución a la declarativa de desahucio. Aunque en estos casos no se suprime la tramitación ordinaria de la ejecución (despacho de ejecución, decretos de concreción de medidas ejecutiva, oposición a la ejecución y recursos...) la presión que supone una fecha de lanzamiento señalada durante el proceso de desahucio y fijada dentro del mes siguiente a la vista del juicio de desahucio, si parece haber suprimido la fase de preparación y evitación. Este tipo de lanzamiento, puede exigir, si la demanda de ejecución se interpone ya vencida o muy próxima la fecha señalada, la anulación del señalamiento efectuado y la fijación de una nueva fecha.

*Decimoprimeras.*— Inserta en un proceso de ejecución, la fase de lanzamiento debe distinguirse de otras fases, trámites o incidentes de la ejecución: la fase de despacho de ejecución (destinada a comprobar la concurrencia de los presupuestos del derecho al despacho de ejecución); la fase de oposición a la ejecución (con la función de impugnación y contradicción relativa a existencia, vigencia y eficacia de la acción ejecutiva); los incidentes de intervención de terceros ex art. 704.2 LEC (para determinar el alcance subjetivo de la ejecución y, su caso, la extensión de la responsabilidad a terceros ocupantes). En el mismo sentido, cuando la fase de lanzamiento aparece en el proceso de ejecución dineraria con función de la dación en pago o para pago, irá normalmente precedida de actividades de embargo y de apremio y seguida de otras fases procesales de la ejecución dineraria (actividad de control de la administración y restitución del inmueble una vez cubierta la deuda: arts. 677 y sigs.).

*Decimosegunda.*— El lanzamiento, como actividad para la entrega posesoria del inmueble, se distingue de actividades de ejecución desarrolladas para responder a pretensiones distintas de la entrega posesoria, aunque conexas con ella; es decir, pretensiones acumuladas a la de entrega posesoria amparadas en el mismo título ejecutivo: actividades para la entrega de titularidad del bien inmueble (elaboración de la documentación necesaria e inscripción y cancelación de cargas en el Registro de la Propiedad) (arts. 674 y 703.1. I LEC); actividades para la entrega de accesorios, bienes muebles o frutos del inmueble; actividades para el abono de las rentas por cuyo impago se decretó el lanzamiento.

*Decimotercera.*— Del lanzamiento se debe distinguir la actividad desarrollada de forma simultánea para responder a pretensiones de naturaleza declarativa directamente autorizadas y amparadas por la ley como la identificación, cuantificación e imputación de los daños causados al inmueble por el ocupante; la constitución de los bienes muebles no retirados por el demandado como bienes abandonados a todos los efectos; la identificación, cuantificación e imputación de cierto tipo de mejoras que el ocupante haya realizado en el inmueble y la declaración de su derecho a ser resarcido de las mismas. Toda esta heterogénea actividad declarativa va precedida de medidas instrumentales de naturaleza cautelar o preventiva: la constancia del estado del inmueble y de las mejoras que en él se hubieran realizado; el embargo de bienes para abono de los daños causados al inmueble (y para el abono de costas) y las medidas destinadas a forzar al demandado a retirar los bienes muebles contenidos en inmueble (requerimiento con advertencia de quedar abandonados).

*Decimocuarta.*— Las medidas de garantía destinadas a asegurar la posibilidad de entrega del inmueble, una vez llegada la fecha de la diligencia de lanzamiento (art. 700 LEC), pueden considerarse parte integrante de la actividad de lanzamiento pues están orientadas a su mismo fin: la entrega posesoria del inmueble. Las medidas cautelares se desarrollan, precisamente, para impedir que la espera que supone la primera fase del lanzamiento (preparación y evitación del lanzamiento, desarrollada durante el plazo de garantía otorgado al ocupante) pueda servir al demandado para enervar la efectividad de la segunda fase (la diligencia de lanzamiento).

TERCERA PARTE

---

**Los derechos relativos a la vivienda  
en trance de lanzamiento**



En las dos partes anteriores de este trabajo hemos analizado el lanzamiento de vivienda partiendo del análisis de la ejecución forzosa: su naturaleza, función y razón de ser y, por tanto, sus exigencias como institución jurídica (presentando, simultáneamente, los aspectos controvertidos de nuestro análisis: la ejecución no jurisdiccional); hemos expuesto como tales exigencias se reflejan en la fase procesal de lanzamiento y en los medios ejecutivos que la integran (destacando, al propio tiempo, las peculiaridades del lanzamiento directo). El análisis hasta ahora realizado ya ha puesto de manifiesto el relieve que adquieren los derechos fundamentales en el proceso de ejecución en general y en la fase de lanzamiento en particular, así como la función y medios que se atribuye al tribunal español para hacer frente a las exigencias que tales derechos imponen<sup>1</sup>.

Nos proponemos en esta parte analizar sistemáticamente los derechos fundamentales vinculados a la vivienda<sup>2</sup>, tal como han sido reconocidos en normas nacionales e internacionales e interpretados por los órganos creados por los Estados para su implementación y aplicación, para así determinar las concretas restricciones y exigencias que según los órganos citados se imponen a la actividad de desalojo

---

<sup>1</sup> BARBOSA MOREIRA ha señalado que los límites al que denomina «principio de la mayor coincidencia posible» (*greatest possible coincidence*), principio equivalente al de ejecución de sentencia en sus propios términos acogido por nuestra jurisprudencia constitucional, «lejos de representar síntomas de un mal funcionamiento, están en armonía con el sistema legal: son, por decirlo así, queridos por el sistema; provienen de la ya mencionada necesidad de preservar valores de otra naturaleza que también deben ser tenidos en cuenta por la ley». Este mismo autor considera «fácilmente comprensibles los efectos traumatizantes que una ejecución específica puede provocar, con el eventual recurso a la fuerza policial para superar la resistencia. El riesgo existente puede a veces causar más daños que los que la sentencia trata de evitar. En el momento actual, parece no haber una solución satisfactoria» (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, («Regional Report from South America», en AA. VV. (Sir Jack Jacob Q. C., coord.), *Trends in the Enforcement of Non-money Judgements and Orders*, 1988, págs. 91 y 104).

<sup>2</sup> Esta terminología “derechos relativos a la vivienda” (*housing rights*), como luego analizaremos con más detenimiento, procede del Derecho internacional de los derechos humanos y se refiere tanto al derecho económico-social conocido como derecho a la vivienda (*right to adequate housing*, integrante, a su vez, de un derecho humano más amplio: el derecho a un nivel de vida adecuado), así como a otros derechos tanto económicos sociales como civiles y políticos que tienen como centro articulador la satisfacción de una necesidad humana básica de cobijo o protección frente al entorno a través de un bien determinado (la vivienda).

o lanzamiento, de manera que podamos, en la última parte del trabajo, exponer una propuesta interpretativa de la fase procesal de lanzamiento de vivienda con todas garantías.

Nuestro análisis se organiza en torno a las tres esferas o ámbitos jurídicos (internacional, regional y nacional) en que los derechos humanos y fundamentales articulados en torno a la vivienda (entre ellos, el derecho de tal nombre) han tenido acogida en normas positivas que, a su vez, han sido interpretadas y aplicadas por las diferentes instituciones creadas para su salvaguarda en cada una de las esferas citadas. Nos referiremos, sucesivamente, al ámbito internacional de los Derechos Humanos, centrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los instrumentos y órganos creados para su desarrollo y aplicación en el marco del Sistema de Naciones Unidas, al ámbito regional europeo de protección de los derechos humanos construido por el Consejo de Europa y cuya aplicación corresponde al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y al Comité Social Europeo y al ordenamiento interno español tal como se desarrolla a partir de la Constitución y se aplica por el Tribunal Constitucional. En cada uno de estos ámbitos de análisis prestaremos especial atención a la actividad interpretativa y de aplicación desarrollada por diferentes órganos: algunos son órganos de naturaleza jurisdiccional, otros de naturaleza técnico-política. Algunos de dichos órganos (incluido nuestro TC) han tenido ocasión de pronunciarse, directa o indirectamente, sobre la repercusión que tiene la ejecución sobre los derechos vinculados a la vivienda y, singularmente, sobre el trámite desalojo o lanzamiento. En este último sentido, adquiere particular relevancia la llamada «prohibición de desalojos forzosos» (*«forced evictions»*) surgida en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos como mecanismo de tutela o garantía de los derechos relativos a la vivienda en el marco de tales procesos.

El enfoque adoptado presupone la operatividad práctica de los derechos fundamentales en el ámbito de la interpretación y aplicación del derecho al caso concreto por los tribunales ordinarios (en esto consiste, en esencia, el garantismo,

también el garantismo procesal<sup>3</sup>) y, en particular, en la tarea de acordar medidas de ejecución forzosa, singularmente, por lo que toca al tema de nuestro interés, en la fase procesal de lanzamiento. Presupone, a su vez, asumir el fenómeno de la «internacionalización de las constituciones» (SAAVEDRA GALLO)<sup>4</sup> según el cual éstas contienen «cláusulas de apertura al Derecho Internacional» que, como el art. 10.2 de nuestra CE, implican la obligación de interpretar las normas constitucionales de conformidad con los convenios y tratados internacionales de derechos humanos suscritos por España.

---

<sup>3</sup> Afirma FERRAJOLI que «el garantismo, [...], es la otra cara del constitucionalismo, en tanto le corresponde la elaboración y la implementación de las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos» (Ferrajoli, Luigi, «Sobre los derechos fundamentales», en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 15, 2006, UNAM, México, págs 115) siendo así que «la interpretación judicial es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez, junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas. [...] interpretación de la ley conforme a la Constitución y, cuando el contraste resulta insanable, deber del juez de cuestionar la validez constitución; y, por tanto, nunca sujeción a la ley de tipo acrítico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la Constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su reinterpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad» (Ferrajoli, Luigi, «El derecho como sistema de garantías», *Jueces para la Democracia: Información y Debate*, núm. 16, febrero de 1992, pág. 66.

<sup>4</sup>SAAVEDRAGALLO, Pablo, «Sistema de Garantías», en AA. VV., *Sistema de Garantías Procesales*, Dijusa, Madrid, 2008, págs. 59 y 60.





---

## CAPÍTULO PRIMERO

### **Ámbito universal de protección (Sistema de Naciones Unidas)**

---

1. Componentes del Sistema de Naciones Unidas relacionados con la vivienda ([521](#))
  2. Normas internacionales sobre derechos humanos relativos a la vivienda ([528](#))
    - 2.1. El derecho a la vivienda en el PIDESC..... [528](#)
    - 2.2. Los derechos relativos a la vivienda en el PIDCP.. [530](#)
  3. Interpretación de los derechos humanos relativos a la vivienda y la prohibición de desalojos forzosos ([531](#))
    - 3.1. Resoluciones..... [531](#)
    - 3.2. Informes y Observaciones Generales. [538](#)
  4. Aplicación de los derechos humanos relativos a la vivienda ([553](#))
    - 4.1. Observaciones finales a los informes presentados por los Estados. [553](#)
    - 4.2. Decisiones en respuesta a quejas individuales..... [555](#)
    - 4.3. Informes del relator especial como consecuencia de misiones y visitas a países. [556](#)
  5. Mecanismos de promoción y cooperación en materia de derechos humanos relativos a la vivienda y de su protección frente a desalojos forzosos ([556](#))
  6. Significado y alcance del derecho humano a la vivienda adecuada y la prohibición de desalojos forzosos ([562](#))
  7. Garantías y límites exigibles a la normativa nacional para que desalojos sean conformes con los Derechos humanos ([595](#))
- 

### **1. Componentes del Sistema de Naciones Unidas relacionados con la vivienda<sup>5</sup>**

Una vez adoptada en 1945 la Carta de San Francisco (Carta de Naciones Unidas)<sup>6</sup>, la Comisión de Derechos Humanos (*Human Rights Commission*)<sup>7</sup> impulsó la

---

<sup>5</sup> Todos los documentos precedidos por las siglas doc. ONU: (documento de la Organización de Naciones Unidas) pueden localizarse a través de la signatura que las sigue mediante el sistema de archivo de documentos oficiales (SAD, —OSD en siglas inglesas: *Official Documents System*—) ubicada en <http://documents.un.org/>; otros documentos de la ONU pueden ser accesibles desde el Centro de Documentación de la ONU: <http://www.un.org/es/documents/index.shtml> o del Alto Comisionado de las Naciones Unidas <http://tb.ohchr.org/default.aspx>

<sup>6</sup> El 26 de junio de 1945, con entrada en vigor el 24 de octubre de 1945.

<sup>7</sup> Su creación fue obra de la resolución del Consejo Económico y Social (ECOSOC) de 16 de febrero de 1946. En cuanto órgano subsidiario del Consejo Económico y Social, creado

elaboración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, finalmente adoptada en 1948<sup>8</sup>. Una vez vigente la Declaración, la Comisión de Derechos Humanos asumió la tarea de impulsar la elaboración de tratados internacionales para el desarrollo de los derechos humanos en ella contenidos, tarea que culminó con la aprobación en 1966 de los dos principales instrumentos internacionales en esta materia: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (*International Covenant on Civil and Political Rights* —ICCPR—)<sup>9</sup> y el Pacto Internacional de

---

según los términos del art. 68 de la Carta de la ONU, fue considerado un «órgano basado en la Carta de Naciones Unidas» (*Charter based body*). Estuvo formado por 53 representantes de los Estados miembros elegidos por el Consejo Económico y Social. Celebró sesiones anuales en Ginebra (Suiza) entre 1946 y 2006. Fue asistido en su labor por la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos (inicialmente conocida como Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías), además de por varios grupos de trabajo y una red de expertos individuales y de «relatores especiales» especializados en temas diversos. Mediante la Resolución 2006/1, de 27 de marzo (docs. ONU: E/2006/23 y E/CN.4/2006/122), la Comisión de Derechos Humanos, durante su 62.º Período de sesiones (13 a 27 de marzo de 2006), dio por concluida su labor (lo que se hizo efectivo en junio de 2006) transfiriendo a un nuevo órgano, el Consejo de Derechos Humanos (creado por la resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006: doc. ONU: A/RES/60/251), todos sus mandatos, mecanismos, funciones y responsabilidades al momento de su aprobación, incluido el mandato del relator especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado. La mencionada resolución 60/251 de la Asamblea General encomendaba al Consejo revisar y, de ser necesario, mejorar y racionalizar, dentro del año siguiente a la celebración de su primera sesión (que tuvo lugar entre el 19 y 30 de junio de 2006), todos los mandatos, mecanismos, funciones y responsabilidades de la precedente Comisión de Derechos Humanos, tarea que el Consejo realizó en su resolución 5/1, titulada «Construcción Institucional del Consejo de Derechos Humanos», de 18 de junio de 2007 (A/HRC/RES/5/1), en la que se prorrogaban todos los procedimientos especiales temáticos y que la Asamblea General ratificó mediante la resolución 62/219, de 22 de diciembre (doc. ONU: A/62/53). El Consejo está formado por representantes de 47 estados (elegidos, a su vez, por el conjunto de Estados Miembros en votación secreta en la Asamblea General), renovados cada tres años; celebra sesiones ordinarias tres veces al año al año. Vid:

<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/> (Consejo de Derechos Humanos)

<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/index.htm> (Comisión de Derechos Humanos)

<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/subcom/index.htm> (Subcomisión de Derechos Humanos)

<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Housing/Pages/HousingIndex.aspx> (Relator especial para la vivienda adecuada)

<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/index.htm> (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)

<sup>8</sup> Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948 (doc. ONU: A/810 (1948)).

<sup>9</sup> Aprobado (y abierto a la firma, ratificación y adhesión) por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor para los países firmantes el 23 de marzo de 1976; firmado por España el 28 de septiembre de 1976, entrando en vigor el 27 de abril de 1977.

Derechos Económicos Sociales y Culturales (*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* —ICESCR—)<sup>10</sup>, ambos en vigor desde 1976.

Los citados Pactos no sólo desarrollaron en el plano normativo los derechos contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos sino que también crearon órganos específicos para su interpretación y aplicación. Tales órganos, creados en virtud de los tratados<sup>11</sup> e integrados por expertos (nombrados a partir de las listas presentadas por los Estados pero sin mandato representativo de éstos), fueron el Comité de Derechos Humanos (*Human Rights Committee* —HRC—) y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (*Committee of Economic Social and Cultural Rights* —CESCR—)<sup>12</sup>.

Aunque los Pactos de Derechos de 1966 supusieron un avance en la positivación de los derechos humanos, también produjeron, al crear dos categorías de derechos con diferentes mecanismos de aplicación, una fractura en los principios de interdependencia e indivisibilidad que caracterizan los derechos humanos y que se reflejaban en su tratamiento indiferenciado en la Declaración Universal<sup>13</sup>. Un

---

<sup>10</sup> Aprobado (y abierto a la firma, ratificación y adhesión) por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966 [A/RES/2200 A (XXI)]; entrando en vigor para los países firmantes el 3 de enero de 1976; firmado por España el 28 de septiembre de 1976, entrando en vigor el 27 de abril de 1977.

<sup>11</sup> Estos órganos, en cuanto creados por los tratados de 1966 se califican como «órganos de los tratados», «creados en virtud de los tratados» u «órganos de supervisión de los tratados» (*treaty based bodies*). La distinción entre órganos basados en la Carta de Naciones Unidas y los basados en los tratados tiene una consecuencia pragmática: sólo los primeros son financiados por aportaciones obligatorias de los Estados miembros, en tanto los segundos son financiados con base en aportaciones voluntarias de los estados firmantes del tratado (vid. A. VV. (Forrest Martin, Francisco; Schnably, Stephen J.; Wilson, Richard J.; Simon, Jonathan S.; Tushnet, Mark V.), *International Human Rights and Humanitarian Law (Treaties, cases and analysis)*, Cambridge University Press, New York, 2006, pág. 6).

<sup>12</sup> El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos creaba un órgano encargado de supervisar el cumplimiento de las disposiciones previstas en el mismo, el Comité de Derechos Humanos (art. 28 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos). En cambio, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales atribuía la función de supervisión del Pacto al Consejo Económico y Social, aunque este órgano podría, posteriormente, designar nuevos órganos de asistencia técnica (art. 22 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales) y, en efecto, en 1985, el Consejo Económico y Social creó el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales mediante su resolución 1985/17, de 28 de mayo, comenzando su labor el año 1987.

<sup>13</sup> Se ha explicado esta disparidad en la positivación de los derechos humanos no por una exigencia intrínseca de tales derechos (como posteriormente se pondrá de manifiesto) que exija de manera radical diferentes técnicas de reconocimiento y protección, sino como reflejo del

Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 diciembre de 1966 y en vigor desde 1977)<sup>14</sup> facultaba al Comité de Derechos Humanos a recibir comunicaciones de individuos víctimas de las violaciones de derechos reconocidos en el pacto, así como a elaborar «dictámenes» a partir de tales denuncias. Por lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, en cambio (y en línea con la fractura expuesta), no fue hasta mucho después (resolución de 10 de diciembre de 2008) que se adoptó un protocolo similar: el Protocolo facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, otorgando competencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para recibir y examinar comunicaciones individuales y para emitir en respuesta dictámenes que pueden incluir recomendaciones<sup>15</sup>.

La necesidad vivienda, en cuanto necesidad básica, resulta amparada, en principio, por el «derecho a un adecuado nivel de vida» consagrado en el art. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, luego desarrollado en este aspecto (vivienda) y en el marco de la dualidad de derechos antes citada, por uno de los derechos de carácter económico-social-cultural, el «derecho a la vivienda adecuada» (art.11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales). La implementación y tutela de este derecho han sido encomendadas, en armonía con el Pacto que lo desarrolla, al Comité de Derechos Económicos Sociales y

---

enfrentamiento ideológico que en otros aspectos de la vida internacional se conoce como guerra fría.

<sup>14</sup> Protocolo facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, con entrada en vigor para los países firmantes el 23 de marzo de 1976, de acuerdo con su artículo 9. En España entró en vigor el 25 de enero de 1985.

<sup>15</sup> Doc. ONU: A/RES/63/117. Firmado por España el 24 de septiembre de 2009, ratificado el 23 de septiembre de 2010. Entrará en vigor entrará en vigor tres meses después de la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el décimo instrumento de ratificación o de adhesión. (art. 18 del Protocolo); en marzo de 2012 se depositó el octavo instrumento de ratificación. Mediante la Resolución 2003/18, de 22 de abril, la Comisión de Derechos Humanos había encomendado a un grupo de expertos analizar las opciones de elaboración de una propuesta de protocolo adicional al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales que permitiera la presentación de quejas individuales ante el mismo y la consecuente formulación de observaciones a los Estados. Se tuvo en cuenta en su redacción el Informe y borrador de protocolo facultativo presentados ante la Comisión en 1997 por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (doc. ONU: E/CN.4/1997/105, Anexo) culminando un proceso que se había iniciado en 1990. Se tuvieron igualmente en cuenta las contribuciones al mismo por parte de diversos actores (doc. ONU: E/CN.4/2002/57 y doc. ONU: E/CN.4/2003/53).

Culturales, que ha realizado tal labor mediante la elaboración de informes periódicos sobre el cumplimiento de este derecho por los Estados (las denominadas «observaciones finales» —*concluding observations*—), así como mediante informes interpretativos de carácter divulgativo sobre el significado y alcance de los derechos reconocidos en el pacto (las denominadas «Observaciones Generales» —*general comments*—). En sus informes el Comité se ha esforzado en poner en conexión el derecho a la vivienda con diversos derechos civiles y políticos recuperando el principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales inicialmente acogido por la Declaración Universal<sup>16</sup>.

Sin perjuicio de la labor del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, han sido las resoluciones dictadas por la Comisión de Derechos Humanos (luego transformada en Consejo de Derechos Humanos), y por la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos<sup>17</sup>, a

---

<sup>16</sup> Ya en la Primera Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos (celebrada en Teherán del 22 de abril al 13 de mayo en 1968) se había reaccionado frente a la fragmentación de los Derechos Humanos y abogado por su indivisibilidad en la Declaración de Teherán (doc. ONU: A/CONF.32/41), asumida por la resolución 32/130, de 1977 de la Asamblea General de Naciones Unidas. La segunda Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos (celebrada en Viena del 14 al 25 de junio de 1993) continuó esta misma línea favorable a la indivisibilidad en la Declaración y Programa de Acción de Viena (ONU doc. A/CONF.157/23 y 24) afirmando que «Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e independientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos de forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso» (*ibidem*, 24 (Parte I), cap. III). Según CANÇADO TRINDADE: «La Declaración de Teherán correspondía a la fase legislativa y la Declaración y el Programa de Acción de Viena a la fase de implementación de los numerosos instrumentos de defensa. Cada una es producto de, y aporta un testimonio a su propia época. Así como la primera contribuyó con su visión global de la indivisibilidad y el carácter interdependiente de todos los derechos humanos, la segunda está destinada a contribuir al mismo fin, si su aplicación se concentra en los medios para garantizar la indivisibilidad en la práctica» (Cançado Trindade, Antônio A., «La interdependencia de todos los derechos humanos. Obstáculos y desafíos en la implementación de los derechos humanos», *International Social Science Journal*, núm. 158 (*Declaración Universal de Derechos Humanos: cincuenta años después*), edición digital. El principio de indivisibilidad fue también explicitado en la Resolución 32/130 de la Asamblea General afirmando que «La plena realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible».

<sup>17</sup> Esta subcomisión fue establecida en 1947 por la Comisión de Derechos Humanos (con base en la Resolución del Consejo Económico y Social de 21 de junio de 1946) con la denominación de Subcomisión para la Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. El cambio de nombre tuvo lugar en 1999 en virtud de la decisión 1999/256, de 27 de julio, del Consejo Económico y Social. Estaba formada por expertos independientes en

ella subordinada (luego transformada en el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos), las que han propiciado el desarrollo conceptual del derecho a la vivienda, insistiendo siempre en el carácter indivisible de los derechos humanos y vinculando, en consecuencia, el derecho a la vivienda con diversos derechos civiles y políticos. De la Comisión de Derechos Humanos (hoy Consejo) dependen también los denominados «procedimientos especiales» que consisten en atribuir a expertos independientes (a veces con tal denominación de «expertos», otras mediante su integración en «grupos de trabajo», otras, en fin, otorgándoles la categoría institucional de «relatores especiales», con un mandato específico de la Comisión) una tarea de vigilancia y fomento de los derechos humanos en ámbitos temáticos o territoriales específicos. Los procedimientos especiales se manifiestan en materia de vivienda en la forma de uno de tales «procedimientos especiales» de carácter temático: el denominado «Relator especial para el desarrollo del derecho a una vivienda adecuada», el cual ha desarrollado una labor de investigación, orientación y propuesta que se ha plasmado en informes periódicos referidos a aspectos específicos del derecho a la vivienda, a países concretos o a colectivos con características específicas.

La labor conjunta del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de la Comisión (luego Consejo) de Derechos Humanos ha puesto de manifiesto y desarrollado por vía interpretativa la prohibición de desalojos forzosos (*forced evictions*) como una exigencia derivada de la tutela debida, según la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales que la desarrollan, no sólo al derecho a la vivienda, sino a todo el conjunto de derechos civiles y políticos que tienen soporte en ese bien básico que es la vivienda (los llamados derechos «relativos a la vivienda» —«*housing rights*»—).

---

el campo de los Derechos Humanos seleccionados por la Comisión. Se reunió anualmente en Ginebra (Suiza) entre 1947 y 2006. En 2006 remitió su último informe al Consejo de Derechos Humanos (según la resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006). Su labor ha sido continuada por el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos (*Human Rights Council Advisory Committee*) creado por la resolución del Consejo de Derechos Humanos 5/1, de 18 de junio de 2007. Este comité se compone de 18 expertos independientes que actuarán como grupo asesor del Consejo no adoptando resoluciones ni decisiones sino, únicamente, sugerencias y propuestas.

Las normas internacionales sobre derechos humanos, además de vincular directamente al propio Estado como tal sujeto de derecho internacional<sup>18</sup> (imponiéndole el deber de legislar de conformidad con dichas normas internacionales y de favorecer los derechos en ellas reconocidos), vinculan al juez nacional, tanto directamente, al formar los tratados internacionales parte del Derecho interno (art. 96 CE)<sup>19</sup>, como indirectamente, por exigencia del 53 CE, según el cual el tribunal debe interpretar el ordenamiento jurídico de conformidad con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y éstos, a su vez, «de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» (art. 10.2 CE).

En cuanto a los mecanismos de interpretación y aplicación (informes, observaciones y dictámenes) a cargo de los órganos de Naciones Unidas (Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Derechos Humanos y relatores especiales, así como, tras la reforma institucional del Sistema de Naciones Unidas, del Consejo de Derechos Humanos y del Examen Periódico Universal), no son vinculantes por sí mismos, al modo de interpretaciones auténticas o de precedentes jurisprudenciales (pese a que los dictámenes sean calificados, en ciertos contextos, como «jurisprudencia» —*jurisprudence*—), puesto que no se trata de órganos jurisdiccionales ni legislativos sino de órganos técnicos. No obstante, no puede olvidarse que se trata de órganos creados con la aprobación de los propios Estados y, con frecuencia, con su participación permanente o cíclica en ellos. Sus manifestaciones pueden considerarse, en este sentido, parte del compromiso

---

<sup>18</sup> La necesidad de promulgar legislación nacional para dar efecto a las obligaciones contraídas internacionalmente en materia de derechos humanos es conforme con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que estipula que «una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado». Vid. Observación General núm. 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptada el 1 de diciembre de 1998 (durante el 19.º periodo de sesiones).

<sup>19</sup> Y, por analogía con el art. 96.1 CE, también las normas institucionales emanadas de los organismos internacionales de cooperación. Vid. de Casadevante Romani, Carlos Fernández, «Las normas internacionales de Derechos Humanos en el orden interno español», en AA. VV. (el mismo autor citado como coordinador), *Derecho internacional de los Derechos Humanos*, Dilex, Madrid, 2007, págs. 517 y 518.



internacional de los Estados con los tratados que han suscrito. Los tribunales internos habrán de considerar sus pronunciamientos, cuando menos, como una doctrina cualificada<sup>20</sup>.

Lo más relevante para nuestro estudio es que el lanzamiento (o una modalidad del mismo) haya sido considerado expresamente como una de las formas en que puede verse vulnerado el «derecho a una vivienda adecuada» y que en su tarea interpretativa tanto de la Comisión como de la Subcomisión de Derechos Humanos (luego el Consejo de Derechos Humanos y su Comité Asesor) hayan considerado la «prohibición de desalojos forzosos»<sup>21</sup> como una garantía del derecho humano a la vivienda (y de otros derechos humanos a ella vinculados).

## 2. Normas internacionales sobre derechos humanos relativos a la vivienda

### 2.1. *El derecho a la vivienda en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales*

La Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce en su artículo 25.1 un derecho que ha sido considerado la «piedra angular de un aspecto fundamental de

---

<sup>20</sup> En este sentido, la STC 38/1981, de 23 de noviembre (ponente: Jerónimo Arozamena Sierra) afirma que «las recomendaciones de la OIT si bien, como es obvio, distintas de los convenios y sin alusión directa en el artículo 10.2 de la Constitución, son textos orientativos que, sin eficacia vinculante, pueden operar como criterios interpretativos o aclaratorios de los convenios». En el mismo sentido, la STC 70/2002 de 7 de abril, reiterada en auto 104/2002 de 17 de junio (FJ 4), tiene en cuenta el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 11 de agosto de 2000 por incumplimiento de la doble instancia penal prevista en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 para entender que el TS puede proceder en vía de casación a la revisión íntegra de la sentencia recurrida, accediendo no sólo a las cuestiones jurídicas sino también a las fácticas en que se fundamente la condena recurrida.

<sup>21</sup> El término desalojos forzosos es el término castellano correspondiente al término inglés «forced evictions»; lo consideramos preferible al término «desalojamiento forzosos» (en ocasiones, «desahucio forzado»), también usado en la versión en castellano de muchos documentos de Naciones Unidas. En los debates en el seno del CDESC que precedieron a la elaboración de la Observación General núm. 7 sobre desalojos forzosos, la representante española, Sra. Giménez Butragueño, insistió en que la expresión correcta en castellano era «desalojos» y no «desalojamiento», secundada en ello por el representante de Panamá (*Acta resumida de los debates del Comité*, 14.º periodo de sesiones; sesión 23.ª, de 15 de mayo de 1996, doc. ONU: E/C.12/1996/SR.23 —publicación el 2 de mayo de 1997— §§ 3 a 5 y *Acta resumida de los debates del Comité*, 16.º periodo de sesiones; sesión 19.ª, de 12 de mayo de 1997, doc. ONU: E/C.12/1997/SR.19 —publicada el 21 de noviembre de 1997—, §§ 22 a 26).

todos los derechos económicos, sociales y culturales»<sup>22</sup>, el derecho a un nivel de vida adecuado.

«Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad».

Este artículo constituyó la base para el artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que reproduce parcialmente el anterior<sup>23</sup>.

«Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento»

En este ámbito normativo, general y universal, el derecho a la vivienda no ha sido objeto de ulterior desarrollo. Sólo *de lege ferenda* se llegó a formular un «Proyecto de

---

<sup>22</sup> Primer informe de progresos del relator especial para la promoción del derecho a una vivienda adecuada (doc. ONU: E/CN.4/Sub.2/1993/15, § 22).

<sup>23</sup> Los Estados reafirman su compromiso con el derecho a la vivienda adecuada en las Conferencias de Naciones Unidas o en las Sesiones de la Asamblea General. Pueden mencionarse la Declaración de Vancouver sobre los Asentamientos Humanos de 1976 (doc. ONU: A/CONF.70/15) emanada de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Conferencia Hábitat, celebrada en Vancouver, Canadá, del 31 de mayo al 11 de junio de 1976), que reafirma el derecho de todos a una vivienda adecuada como un derecho humano básico (doc. ONU: A/CONF.70/15, § 8, secc. III); la Declaración de Estambul sobre los Asentamientos Humanos y Programa de Hábitat de 14 de junio de 1996 (doc. ONU: A/CONF.165/14), emanada de la Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Conferencia Hábitat II, celebrada en Estambul, Turquía) en la cual los Estados firmantes reafirman su compromiso con «la plena y progresiva realización del derecho a una vivienda adecuada tal como se reconoce en los instrumentos internacionales [...] para asegurar la seguridad legal en la tenencia, la protección contra la discriminación y el acceso equitativo a una vivienda accesible y adecuada para todas las personas y sus familias»; la Declaración de Nairobi de 9 de junio de 2001, sobre las ciudades y otros asentamientos humanos en el nuevo milenio (doc. ONU: A/RES/S-25/2, anexo), emanada de la 25.<sup>a</sup> sesión especial de la Asamblea General para revisar la implementación del Programa de Hábitat (que con el nombre de «Istambul + 5» tuvo lugar entre el 6 y el 8 de junio de 2001 durante el 56 periodo de sesiones) en la que se renuevan los compromisos asumidos por los Estados en la Declaración de Estambul y en el Programa de Hábitat.

convención internacional sobre el derecho a la vivienda», considerando que había suficientes argumentos como para aprobar un nuevo instrumento jurídico internacional sobre esta cuestión<sup>24</sup>; tal proyecto no llegó a aprobarse.

Junto a las dos normas generales mencionadas, existen normas internacionales sectoriales que amparan expresamente el derecho a una vivienda adecuada de colectivos especialmente necesitados de protección, sea por sus condiciones biológicas naturales (Convención sobre los Derechos del Niño<sup>25</sup>), sea por ser susceptibles de discriminación (Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; Convención sobre el Estatuto de los Refugiados...)<sup>26</sup>.

## *2.2. Los derechos relativos a la vivienda en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.*

La vivienda es un bien instrumental a cuyo amparo se garantiza el desarrollo de numerosos derechos humanos. En efecto, la vivienda, que constituye el objeto

---

<sup>24</sup> Se contenía en el segundo informe del relator especial de las Naciones Unidas para la promoción del derecho a una vivienda adecuada, de 21 de junio de 1994 (doc. ONU: E/CN.4/Sub.2/1994/20) que respondía así al mandato realizado en este sentido por la Subcomisión de Derechos Humanos. La Subcomisión solicitó a los Estados y órganos de las Naciones Unidas que tomaran en consideración tal propuesta (Resolución 27/1995; doc. ONU: E/CN.4/Sub.2/1995/27)

<sup>25</sup> Aprobada por la Asamblea General mediante la resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989; con entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990 (doc. ONU: A/44/49). Su artículo 27, párrafo tercero, establece que «Los Estados partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda»; también en la Declaración de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 29 de noviembre de 1959 (UN. doc. A/4354) que proclama el derecho del niño a disfrutar de vivienda adecuada (principio núm. 4).

<sup>26</sup> La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951 (art. 21) reconoce la igualdad de trato por lo que respecta al alojamiento entre los refugiados y; la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965 incorpora la prohibición de la discriminación racial por lo que respecta al disfrute del derecho a la vivienda (art. 5.e.iii); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979 reconoce los derechos de la mujer rural a un alojamiento adecuado (art. 14. 2. h); la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias de 18 de diciembre de 1990 (art. 43) exige igualdad de trato de estos trabajadores con los nacionales por lo que respecta al acceso a la vivienda, incluidos los planes de viviendas sociales, así como la protección contra la explotación en materia de alquileres.

específico del mencionado «derecho a la vivienda adecuada», es un mero instrumento (una «cosa» —*res*—) cuyo disfrute en ciertas condiciones de calidad y seguridad (a cuya obtención se orienta primordialmente el derecho a la vivienda adecuada) proporciona un bien específico, la protección frente al entorno, que proporciona, simultáneamente, otros bienes: la integridad física, la salud, la vida privada y familiar, y, en definitiva, el libre desarrollo de la personalidad (que serían, por consiguiente, objetos mediatos del derecho a la vivienda e inmediatos de otros derechos humanos). En este sentido puede entenderse, por ejemplo, la referencia que se hace al domicilio en el contexto del derecho a la vida privada y familiar reconocida en el art. 17 del PIDCP<sup>27</sup>:

«1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques»

De este modo, el «derecho a la vivienda» («*right to adequate housing*») como derecho de naturaleza económico-social (manifestación del «derecho a un adecuado nivel de vida») sólo es uno de los componentes de un complejo del que también forman parte los diversos derechos civiles y políticos que tienen la vivienda como base y al que se suele aludir con la expresión «derechos [relativos] a la vivienda» («*housing rights*» en su expresión inglesa, más breve pero de difícil traducción).

### **3. Interpretación de los derechos humanos relativos a la vivienda: la prohibición de desalojos forzosos**

#### *3.1. Resoluciones de los órganos del Sistema de Naciones Unidas.*

Los órganos del sistema de Naciones Unidas, a través de declaraciones de voluntad generales denominadas «resoluciones», han insistido y puesto en evidencia el

---

<sup>27</sup> Como, por otra parte, ha sido el enfoque del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al vincular la protección de la vivienda con la vida privada y familiar (vid. *infra*). En el párrafo 1 del artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) se establece que «Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación».

compromiso jurídico-político de los Estados respecto a la protección de los derechos humanos relativos a la vivienda en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tales resoluciones han destacado de manera consistente y sistemática que un elemento esencial de los derechos humanos relativos a la vivienda es la «prohibición de desalojos forzosos» (*forced evictions*), que sería, a su vez, una manifestación de otra de las facetas de los derechos humanos relativos a la vivienda: el «derecho a la seguridad en la tenencia» (*secure tenure*). Este derecho, enunciado en forma de prohibición, proyecta su sombra protectora no sólo sobre el derecho económico social a la vivienda, sino también sobre derechos humanos de naturaleza civil y política lo que pone de relieve el principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos.

a). Resoluciones de la Asamblea General y del Consejo Económico y Social

Desde el año 1986, con vistas a la celebración en 1987 del Año Internacional de la Vivienda para las Personas sin Hogar patrocinado por las Naciones Unidas<sup>28</sup>, la Asamblea General (en línea con una intensa actividad previa desarrollada por la Comisión y Subcomisión de Derechos Humanos, como veremos de inmediato, e inspirada en ellas), dictó diversas resoluciones con el título «Realización del derecho a una vivienda adecuada» reafirmando en ellas el carácter del derecho a la vivienda como un derecho humano<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Resolución 37/221, de 20 de diciembre de 1982 (doc. ONU: A/RES/37/221)

<sup>29</sup> Resolución de la Asamblea General 41/146, de 4 diciembre de 1986, titulada «Realización del derecho a una vivienda adecuada» (doc. ONU: A/RES/1986/146), en la cual la Asamblea General «expresa su profunda preocupación por el hecho de que millones de personas no disfruten del derecho a una vivienda adecuada»; Resolución 43/181, de 20 de diciembre de 1988, titulada «Estrategia Global para la vivienda en el año 2000» (doc. ONU: A/43/8/Add.1); Resolución 42/146, de 7 de diciembre de 1987, titulada «Realización del derecho a una vivienda adecuada» (doc. ONU: A/RES/1987/146), en que la Asamblea General «reitera la necesidad de adoptar, en los planos nacional e internacional, medidas encaminadas a promover el derecho de todas las personas a un nivel de vida adecuado para sí y para sus familias, incluida una vivienda adecuada; y exhorta a todos los Estados y a las organizaciones internacionales interesadas a que presten especial atención a la cuestión de la realización del derecho a una vivienda adecuada al aplicar medidas con el objeto de elaborar estrategias nacionales para la vivienda y programas para mejorar los asentamientos dentro del marco de la Estrategia Mundial de la Vivienda hasta el Año 2000, la necesidad de adoptar, en los planos nacional e internacional, medidas encaminadas a promover el derecho de todas las personas a un nivel de vida adecuado para sí y para sus familias, incluida una vivienda adecuada; [y exhortó] a todos los Estados y a las organizaciones internacionales interesadas a que [prestaran] especial

En el mismo contexto y en idéntico sentido se pronunció el Consejo Económico y Social en diversas resoluciones<sup>30</sup>.

b) Resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos (y, posteriormente, del Consejo de Derechos Humanos que la ha sucedido en sus funciones)

Con la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1986/36, de 12 de marzo de 1986, titulada «Realización del derecho a una vivienda adecuada»<sup>31</sup>, la Comisión inició la adopción de una serie de resoluciones<sup>32</sup> destinadas a mantener la promoción de los

---

atención a la cuestión de la realización del derecho a una vivienda adecuada al aplicar medidas con el objeto de elaborar estrategias nacionales para la vivienda y programas para mejorar los asentamientos»; Resolución 43/181, de 20 de diciembre de 1988, «Una estrategia global de vivienda hasta el año 2000» (doc. ONU: A/RES/1988/181).

<sup>30</sup> Resolución del Consejo Económico y Social 1986/41, de 23 de mayo, titulada «Realización del derecho a una vivienda adecuada»; Resolución 1987/62, de 29 de mayo, con el mismo título (doc. ONU: E/RES/1987/62), en la cual el ECOSOC, reconoce «que la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estipulan que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para sí y para su familia, incluso a una vivienda adecuada, y que los Estados deben tomar las medidas apropiadas para asegurar la realización de ese derecho»; Resolución 1987/37, de 28 de mayo, titulada «En el año internacional de la vivienda para las personas sin hogar» (doc. ONU: E/RES/1987/37); Resolución 1994/8, de 22 de julio, titulada «Fomento de la realización del derecho a una vivienda adecuada» (doc. ONU: E/RES/1994/8).

<sup>31</sup> Adoptada en el 42.º periodo de sesiones de la Comisión; doc. ONU: E/CN.4/RES/1986/36.

<sup>32</sup> Con el mismo título («Realización del derecho a una vivienda adecuada») se dictaron las Resoluciones 1987/22, de 10 de marzo de 1987 (43.º periodo de sesiones; doc. ONU: E/CN.4/RES/1987/22) y 1988/24, de 7 de marzo de 1988 (44.º periodo de sesiones; doc. ONU: E/CN.4/RES/1988/24); Con el título «Fomento de la realización del derecho a una vivienda adecuada»; para prorrogar el mandato del relator especial se dictan las Resoluciones 1993/103, de 4 de marzo (49.º periodo de sesiones; doc. ONU: E/CN.4/RES/1993/103) y 1994/14, de 25 de febrero de 1994 (50.º periodo de sesiones; doc. ONU: E/CN.4/RES/1994/14); Con el título «Promoción del ejercicio efectivo del derecho a una vivienda adecuada» se dicta la Resolución 1995/19, de 24 de febrero de 1995 (51.º periodo de sesiones; doc. ONU: E/CN.4/RES/1995/19); Con el título «La vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado», las Resoluciones 2001/28, de 20 de abril (57.º periodo de sesiones; doc. ONU: E/CN.4/RES/2001/28); 2002/21, de 22 de abril (58.º periodo de sesiones; doc. ONU: E/CN.4/RES/2002/21); 2003/27, (59.º periodo de sesiones; doc. ONU: E/CN.4/RES/2003/27) y 2004/21, de 16 de abril (60.º periodo de sesiones; doc. ONU: E/CN.4/RES/2004/21).

Algunas resoluciones relativas al derecho a la vivienda están vinculadas con el derecho de la mujer a la no discriminación. En este sentido, con el título «La igualdad de las mujeres en materia de propiedad, acceso y control de la tierra y la igualdad de derechos a la propiedad y a una vivienda adecuada», pueden consultarse: Resolución 2000/13, de 17 de abril, (doc. ONU: E/CN.4/RES/2000/13); Resolución 2001/34, de 20 de abril de 2001 (doc. ONU: E/CN.4/RES/2001/34); Resolución 2002/49, de 23 de abril (doc. ONU: E/CN.4/RES/2002/49);

derechos relativos a la vivienda entre el conjunto de derechos humanos sometidos a su supervisión, recordando continuamente la obligación de los Estados y de los órganos del Sistema de Naciones Unidas de respetar, proteger y promover este derecho. La última de tales resoluciones fue la Resolución 2004/21, titulada «La vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado»<sup>33</sup>.

Continuando la labor de la Comisión, el órgano que la sucedió tras la reforma institucional de las Naciones Unidas, el Consejo de Derechos Humanos, dictó la Resolución 6/27, de 14 de diciembre de 2007, titulada «La vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado», en la que reafirmaba «todas las resoluciones anteriores aprobadas por la Comisión de Derechos Humanos sobre la cuestión de la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, incluida la resolución 2004/21, de 16 de abril de 2004»<sup>34</sup>. Con el mismo título y sentido que la anterior el Consejo dictó en 2010 la resolución 15/8, de 30 de septiembre<sup>35</sup>.

Por otra parte, a partir del año 1993, mediante una serie de resoluciones paralelas a las anteriores, la Comisión de Derechos Humanos<sup>36</sup> identificó los desalojos forzosos como una forma de violación grave de los derechos humanos, en particular (pero no exclusivamente) del derecho a la vivienda adecuada, instando a los Estados a eliminar dicha práctica. Arranca esta línea interpretativa con la Resolución 1993/77, de 10 de marzo, precisamente titulada «Desalojos forzosos», que fue aprobada sin reservas por los 53 estados que componían el órgano en aquél momento<sup>37</sup>. En ella la Comisión «afirma que la práctica de los desalojos forzosos

---

Resolución 2003/22, de 22 de abril de 2003 (doc. ONU: E/CN.4/RES/2003/22); Resolución 2005/25, de 15 de abril (doc. ONU: E/CN.4/RES/2005/25).

<sup>33</sup> Adoptada en el 60.º periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos (doc. ONU: E/CN.4/RES/2004/21).

<sup>34</sup> Adoptada en su 6.ª sesión (2007); doc. ONU: A/HRC/RES/6/27.

<sup>35</sup> Adoptada en su 15.ª sesión (2010), doc. ONU: A/HRC/RES/15/8.

<sup>36</sup> Precedida, como de inmediato veremos, por resoluciones de la Subcomisión de Derechos Humanos, cuyos primeros pronunciamientos en contra de los desalojos forzosos datan de 1991.

<sup>37</sup> En el 49.º periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos; doc. ONU: E/CN.4/RES/1993/77.

constituye una grave violación de los derechos humanos, en particular del derecho a una vivienda adecuada»<sup>38</sup>. Posteriormente, la Comisión dictó la Resolución 2004/28, de 16 de abril, titulada en este caso «Prohibición de los Desalojos Forzosos»<sup>39</sup>.

En la ya mencionada resolución 6/27 del Consejo de Derechos Humanos (2007), en la que éste asume las anteriores resoluciones de la Comisión en materia de vivienda,

---

<sup>38</sup> Por su interés, la reproducimos (sin su preámbulo). [La Comisión] «1. Afirma que la práctica de los desalojos forzosos constituye una grave violación de los derechos humanos, en particular del derecho a una vivienda adecuada. 2. Insta a los gobiernos a que adopten medidas inmediatas a todos los niveles para eliminar la práctica de los desalojos forzosos. 3. Urge a todos los Gobiernos a conferir seguridad jurídica en la tenencia a todas las personas que están actualmente amenazadas de desalojo forzoso y a adoptar todas las medidas necesarias para otorgar plena protección frente a los desalojos forzosos, basadas en la participación efectiva, la consulta, la negociación con las personas y grupos afectados. 4. Recomienda que todos los Gobiernos proporcionen inmediata indemnización, compensación y/o vivienda o terrenos sustitutivos adecuados y suficientes a las personas y comunidades que hayan sido desalojadas forzosamente. 5. Pide al Secretario General que elabore un informe analítico sobre la práctica de los desalojos forzosos, basado en el análisis del derecho y la jurisprudencia internacional y de la información proporcionada por los gobiernos, los órganos competentes de las Naciones Unidas las organizaciones regionales, intergubernamentales y no gubernamentales y las organizaciones comunitarias». En cumplimiento del mandato contenido en el último apartado de la Resolución el Secretario General presentó a la Comisión un «Informe analítico sobre desalojos forzosos» (doc. ONU: E/CN.4/1994/20).

<sup>39</sup> Doc ONU: E/CN.4/RES/2004/28. En su preámbulo se afirma, entre otras referencias, que «toda mujer, hombre y niño tiene derecho a un lugar seguro donde vivir en paz y dignidad, lo que incluye el derecho a no ser desalojado de su casa, de su tierra o de su comunidad al margen de la ley, arbitrariamente o a partir de criterios discriminatorios» y que «la práctica a menudo violenta de los desalojos forzosos implica la salida coercitiva e involuntaria de sus casas, tierras y comunidades de personas, familias y grupos, sea o no legal en cada sistema legal vigente, da lugar a personas sin hogar y a condiciones de vida y vivienda inadecuadas»; El texto de la resolución se compone de diez puntos, cuyos seis primeros reproducimos (la traducción es nuestra). «La Comisión de Derechos Humanos [...] 1. Reafirma que la práctica de desalojos forzosos contrarios a leyes que sean conformes con los standards internacionales de derechos humanos constituyen una grave violación de un amplio rango de derechos humanos, en particular, el derecho a la vivienda adecuada. 2. Insta encarecidamente a los gobiernos a que tomen medidas inmediatas, en todos los niveles, para eliminar la práctica de los desalojos forzosos, entre otras, la derogación los planes vigentes que impliquen desalojos forzosos, así como cualquier legislación que permita los desalojos forzosos, adoptando y aplicando una legislación que garantice el derecho a la seguridad de la tenencia para todos los residentes. 3. También insta a los Gobiernos a proteger a todas las personas que estén amenazadas de desalojo forzoso y a que adopten todas las medidas necesarias para proporcionarles una protección plena contra el desalojo forzoso, sobre la base de la participación, consulta y negociación con personas o grupos afectados. 4. Recomienda que todos los gobiernos proporcionen inmediata restitución, indemnización y/o alojamiento o tierra alternativa, adecuada y suficiente, a las personas y comunidades que hayan sido desalojadas forzosamente, tras celebrar negociaciones mutuamente satisfactorias con las personas o grupos afectados, y en consonancia con sus deseos, derechos y necesidades, y reconociendo la obligación de garantizar dichas prestaciones en caso de desalojo forzoso. 5. También recomienda que todos los gobiernos velen por que cualquier desalojo que se deba considerar legal se lleve a cabo de una manera que no viole ninguno de los derechos humanos de las personas desalojadas».



se insta específicamente a los Estados a «proteger a todas las personas contra los desalojos forzosos que no sean compatibles con la ley y los tratados internacionales de derechos humanos, y a proporcionar protección jurídica y reparación en esos tipos de desalojos forzosos».

c) Resoluciones de la Subcomisión de Derechos Humanos.

En su tarea de supervisión de la aplicación de los derechos humanos, la Comisión ha estado asistida por otro órgano, la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, que ha desarrollado su labor mediante la realización de estudios y la formulación de resoluciones que incorporan recomendaciones a la citada Comisión. A esta Subcomisión corresponden las primeras resoluciones sobre desalojos forzosos, comenzando en 1991 con la Resolución 1991/12, de 26 de agosto, titulada, sencillamente, «Desalojos forzosos»<sup>40</sup>, de la que luego se hizo eco, tal como hemos adelantado, la propia Comisión de Derechos Humanos y en la que se calificaban los desalojos forzosos como «una grave violación de los derechos humanos y, en particular, del derecho a una vivienda adecuada». Mediante una serie ininterrumpida de resoluciones<sup>41</sup>, este órgano ha ido profundizando en el alcance y significado de esta forma de agresión a los derechos humanos.

En aquella primera resolución (1991), adoptada por unanimidad, la Subcomisión señalaba que «la práctica de los desalojos forzosos constituye una grave violación de los derechos humanos, en particular del derecho a la vivienda adecuada» y «urge a los gobiernos a conferir seguridad en la tenencia a las personas amenazadas por los desalojos forzosos», ideas repetidas en todas las posteriores resoluciones sobre desalojos forzosos. En particular, en su resolución de 1995 la Subcomisión precisó

---

<sup>40</sup> Doc. ONU: E/CN.4/Sub.2/RES/1991/12.

<sup>41</sup> Siguieron a la mencionada resolución de 1991, y con mismo nombre, *Desalojos forzosos*, las resoluciones siguientes:

Resolución 1992/14, de 27 de agosto (doc. ONU: E/CN.4/Sub.2/RES/1992/14);  
Resolución 1993/41, de 26 de agosto (doc. ONU: E/CN.4/Sub.2/RES/1993/41);  
Resolución 1994/39, de 26 de agosto (doc. ONU: E/CN.4/Sub.2/RES/1994/39);  
Resolución 1995/29, de 24 de agosto (doc. ONU: E/CN.4/Sub.2/RES/1995/29);  
Resolución 1996/27, de 29 de agosto (doc. ONU: E/CN.4/Sub.2/RES/1996/27);  
Resolución 1997/6, de 22 de agosto (doc. ONU: E/CN.4/Sub.2/RES/1997/6);  
Resolución 1998/9, de 20 de agosto (doc. ONU: E/CN.4/Sub.2/RES/1998/9).

que «la práctica de los desalojos forzosos constituye una violación grave de una amplia gama de derechos humanos, en particular del derecho a una vivienda adecuada, del derecho a permanecer en su propia casa, del derecho a la libertad de movimiento, del derecho a la intimidad, del derecho a la seguridad del hogar, del derecho a la seguridad de la tenencia [...] y de otra serie de derechos»; y en su resolución del año 1998 «recomienda que todos los Gobiernos aseguren que todo desalojo, sea o no forzoso, sea realizado de forma que no se viole ninguno de los derechos humanos de los sujetos desalojados». En el año 2003, la Subcomisión aprobó un proyecto de resolución, prohibiendo los desalojos forzosos, solicitando que la Comisión la adoptara en su 60º período de sesiones<sup>42</sup>, lo que efectivamente se produjo.

Igualmente prolongada es la serie de resoluciones de este órgano sobre el derecho a la vivienda adecuada; comienza en el año 1991 con la Resolución 1991/26, de 29 de agosto<sup>43</sup> y continúa con una serie de resoluciones con el rótulo «Fomento de la realización del derecho a una vivienda adecuada» que se prolonga hasta 1998<sup>44</sup>. Además, la Subcomisión ha dictado resoluciones específicas relativas al derecho a la vivienda de colectivos específicos necesitados de especial protección (minorías, mujeres y menores)<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Doc. ONU: E/CN.4/Sub.2/2003/43. En ella la Subcomisión «reafirma el derecho de toda persona a tener un lugar en el que vivir en paz y con dignidad y a no ser desalojada del mismo al margen de la ley, arbitrariamente o sobre la base de criterios discriminatorios. Reconoce que la práctica, a menudo violenta, de los desalojos forzosos sean o no legales, suponen el desplazamiento de personas, familias y grupos de sus casas tierras y comunidades resultando en condiciones inadecuadas de alojamiento y vivienda. Enfatiza que la responsabilidad para evitar los desalojos forzosos corresponde a los gobiernos. Reafirma que la práctica del desalojo forzoso constituye una grave violación de un amplio abanico de derechos humanos» y, por ello, «urge y recomienda a los gobiernos: a) tomar medidas a todos los niveles b) proteger a las personas amenazadas de desalojos forzosos. c) proporcionar la inmediata restitución y/o un apropiado y suficiente alojamiento o tierra a las personas desalojadas d) asegurarse de que ningún desalojo, aun siendo plenamente legal, se desarrolla con violación de los derechos humanos de los desalojados».

<sup>43</sup> Doc. ONU: E/CN.4/Sub.2/RES/1991/26.

<sup>44</sup> Resolución 1992/26, de 27 de agosto (E/CN.4/Sub.2/1992/26); Resolución 1993/36, de 25 de agosto (en la que se solicita al Secretario General y al Centro de Derechos Humanos que organice un seminario de expertos con el título «El derecho a una vivienda adecuada y las Naciones Unidas: hacia un enfoque más amplio»); Resolución 1994/38, de 26 de agosto (E/CN.4/SUB.2/RES/1993/36), Resolución 1995/27, de 24 de agosto (doc. ONU: E/CN.4/Sub.2/RES/1995/27).

<sup>45</sup> En relación con la mujer, con el título «Mujer y derecho a una vivienda adecuada, a la tierra y a la propiedad», las resoluciones 1997/19, de 27 de agosto (E/CN.4/Sub.2/RES/1997/19) y 1998/15, de 21 de agosto (E/CN.4/Sub.2/RES/1998/9); En relación con la protección a las

### 3.2. Informes y Observaciones Generales

Si con las resoluciones mencionadas los diferentes órganos del Sistema de Naciones Unidas expresan su voluntad y adoptan formalmente una postura sobre el alcance de los derechos humanos cuya implementación tienen encomendada, mediante otra serie de documentos (denominados «informes» —*reports*— y «Observaciones Generales» —*general comments*—) pretenden recopilar y proporcionar información así como fomentar la reflexión necesaria para cimentar y fundamentar con coherencia la citada evolución interpretativa<sup>46</sup>.

a) Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales tiene encomendada la implementación de los derechos humanos de esta naturaleza; en cumplimiento de su labor realiza una tarea de interpretación de los derechos humanos económicos y sociales que, aun no siendo auténtica, pretende facilitar la comprensión de su alcance y significado<sup>47</sup>. La tarea interpretativa del Comité adquiere dimensión general (no referida a casos concretos) en las denominadas *Observaciones Generales*. El Comité ha dedicado Observaciones Generales a los distintos los derechos consagrados en el pacto (entre ellos, el derecho a una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un adecuado nivel de vida) y, en ocasiones, a aspectos específicos de algunos de ellos (los desalojos forzosos, por ejemplo).

---

minorías, con el título «Restitución de vivienda y propiedad en el contexto de los refugiados y el derecho al retorno», la resolución 1998/26, de 26 de agosto (E/CN.4/Sub.2/RES/1998/26); y, en relación con los menores, con el título «El niño y el derecho a una vivienda adecuada», la resolución 1994/8, de 26 de agosto (doc. ONU: E/CN.4/Sub.2/RES/1994/8).

<sup>46</sup> Pueden consultarse por su número oficial de referencia en <http://documents.un.org> o mediante un listado en <http://tb.ohchr.org/>

<sup>47</sup> Con frecuencia, promueve una interpretación extensiva de los derechos humanos, en ocasiones con resultados sorprendentes o inesperados, lo que debe hacer recordar que se trata de un órgano técnico (formado por expertos nombrados por los Estados aunque sin mandato representativo) a la vez que de composición limitada y carácter rotatorio (en el que no están representados, en cada periodo de sesiones, sino un número limitado de ellos).

La Observación General núm. 4<sup>48</sup> (con el título: *El derecho a una vivienda adecuada*), adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el 13 de diciembre de 1991, durante su 6.º periodo de sesiones, fue dedicada al derecho a la vivienda adecuada (art. 11.1 del Pacto y art. 25.1 de la Declaración Universal). En esta Observación General el Comité destaca que la protección frente a los desalojos forzosos es un componente del derecho a la vivienda adecuada (a la vez que forma parte de otro derecho: el denominado “derecho a la seguridad en la tenencia” —*secure tenure*—) y afirma que, precisamente, es uno de los componentes que permiten atribuir a la vivienda el calificativo de «adecuada»<sup>49</sup>. El Comité afirma, en el sentido expuesto, que «los desalojos forzosos son *prima facie* incompatibles con los requisitos del Pacto y sólo podrían justificarse en las circunstancias más excepcionales y de conformidad con los principios pertinentes del derecho internacional»<sup>50</sup>.

La Observación General núm. 7 (con el título *El derecho a una vivienda adecuada —párrafo 1 del artículo 11 del Pacto—: desalojos forzosos*), adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el 14 de mayo de 1997 durante su 16º periodo de sesiones<sup>51</sup>, está dedicada monográficamente a los desalojos forzosos (*forced evictions*), especificando en su párrafo 15 toda una gama de principios procesales para que los desalojos (aun cuando realizados de forma legal y justificada) puedan considerarse conformes con los derechos humanos. A esta Observación General nos referiremos posteriormente con más detenimiento.

#### b) Informes analíticos del Secretario General de las Naciones Unidas.

En 1993, por encargo de la Comisión de Derechos Humanos (mediante la resolución 1993/77, de 10 de marzo), el Secretario General de las Naciones Unidas<sup>52</sup> elaboró un informe sobre los desalojos forzosos denominado «Informe analítico del

<sup>48</sup> Doc. ONU: E/1992/23, Anexo III y E/C.12/1991/4

<sup>49</sup> *Ibidem*, § 8

<sup>50</sup> *Ibidem*, § 18

<sup>51</sup> Publicada el 20 de mayo: doc. ONU: E/1998/22, anexo IV y doc. ONU: E/C.12/1997/4

<sup>52</sup> Entonces el egipcio Boutros-Ghali (Secretario General durante el periodo comprendido entre enero de 1992 y diciembre de 1996).

Secretario General sobre desalojos forzosos y Derecho internacional»<sup>53</sup>. En el informe se analizaba el concepto de desalojos forzosos, sus causas, sus consecuencias para los derechos humanos, la normativa aplicable, la «jurisprudencia» recaída hasta el momento y los mecanismos existentes o deseables para evitar y prevenir los desalojos forzosos; formulaba, asimismo, diversas conclusiones y recomendaciones. El Secretario General destacaba que el concepto de desalojos forzosos manejado por la Comisión y la Subcomisión de Derechos Humanos no se limita a las expulsiones masivas, pudiendo afectar también a personas o familias<sup>54</sup>; destacaba, asimismo, que se trata de un fenómeno del que no están exentos los países desarrollados<sup>55</sup>. Posteriormente, en 1996, por encargo ahora de la Subcomisión de Derechos Humanos, el Secretario General elaboró una nota «sobre el derecho a una vivienda adecuada»<sup>56</sup>.

c) Informes de los Relatores especiales para el derecho a la vivienda adecuada.

Profundizando en esta forma de trabajo técnico, de información y reflexión interpretativa, la Sub-comisión de Derechos Humanos, inicialmente (siendo todavía Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías), y luego la propia Comisión de Derechos Humanos (y su sucesor, el Consejo de Derechos Humanos), han otorgado a expertos independientes (denominados relatores especiales —*special rapporteur*—) mandatos específicos relativos a la vivienda adecuada (*special rapporteur on adequate housing*). Estos expertos rinden informes periódicos analizando a fondo el significado y alcance de la protección debida al derecho a la vivienda y contrastándola con la protección realmente dispensada. Realizan, asimismo, propuestas de avance en la protección e implementación de este derecho. Los relatores especiales sobre el derecho a la

---

<sup>53</sup> Doc. ONU: E/CN.4/1994/20, de 7 de diciembre de 1993, presentado a la Comisión de Derechos Humanos en su 50.º periodo de sesiones (del 31 de enero al 11 de marzo 1994).

<sup>54</sup> *Ibidem*, §§ 10 y 11

<sup>55</sup> Según el Secretario General «En los países desarrollados del Norte, así como en los países en desarrollo del sur, existen notables analogías entre los afectados por los desalojamientos. Suelen ser no propietarios, pertenecer a grupos pobres o de bajos ingresos, no tener un título reconocido a la tierra ni seguridad en la tenencia de la tierra, son a menudo “ilegales” a los ojos de la ley y política y económicamente débiles [...] son invariablemente los que tienen menos derechos y oportunidades sociales y económicas en las sociedades rurales y urbanas» (*ibidem*, § 59).

<sup>56</sup> E/CN.4/Sub.2/1996/10

vivienda han destacado siempre en sus informes la lucha contra los desalojos forzosos como uno de los aspectos esenciales para la realización del derecho a la vivienda adecuada.

El primero de dichos relatores fue el Sr. *RAJINDAR SACHAR*, quien fue nombrado en 1992 «Relator especial para la promoción del derecho a una vivienda adecuada» por la Subcomisión de Derechos Humanos (entonces todavía Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías)<sup>57</sup>. Su primer documento fue presentado a la Subcomisión en agosto de 1992 como «Documento de trabajo sobre la promoción de la realización del derecho a una vivienda adecuada»<sup>58</sup>. El relator destacaba en este documento la relación del derecho a la vivienda con otros derechos humanos como el derecho a la intimidad del hogar, la seguridad de la persona, la libertad de movimientos, el trato igualitario, la vida libre de discriminación y el propio derecho a la vida<sup>59</sup>; exponía, asimismo, la complejidad del derecho a la vivienda en el que se incluyen el derecho a la seguridad en la tenencia y la protección frente a los desalojos forzosos<sup>60</sup>; señalaba estos últimos como una de las 12 causas principales de la crisis internacional de la vivienda<sup>61</sup>,

---

<sup>57</sup> Mediante la resolución 1991/26, de 29 de agosto, titulada «*Promoción del derecho a una vivienda adecuada*» y adoptada durante su 43.º periodo de sesiones, la Subcomisión encomendó al antiguo presidente del Tribunal Supremo de Delhi, Sr. Rajindar Sachar, la elaboración de un documento de trabajo sobre la mejor forma de promover el reconocimiento y puesta en práctica del derecho a la vivienda como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado. En 1992, durante su 44.º periodo de sesiones, la Subcomisión designó al Sr. Rajindar Sachar, «Relator Especial para el fomento de la realización del derecho a una vivienda adecuada» (resolución 1992/26, de 27 de agosto —doc. ONU: E/CN.4/Sub.2/1992/RES/26—). Más adelante, la Comisión de Derechos Humanos asumió la decisión de la Subcomisión mediante la decisión 1993/103 y el Consejo Económico y Social, por su parte, la aprobó mediante decisión 1993/287. La Comisión reafirmó en su cargo al Sr. Sachar en ulteriores resoluciones.

<sup>58</sup> Doc. ONU: E/CN.4/Sub.2/1992/15. El documento se ocupa de los desalojos forzosos (*forced evictions*, traducido en la versión castellana del documento como «desalojamientos forzosos») en los apartados 41 a 45.

<sup>59</sup> Doc. ONU: E/CN.4/Sub.2/1992/15, §§ 68, 69 y 70.

<sup>60</sup> *Ibidem*, §§ 58 a 61. El relator incluía, como anexo al informe, una nota terminológica en la que trataba de ofrecer un concepto del derecho a la vivienda que trascendiese el de «cuatro paredes y un techo» incluyendo en él varios aspectos relativos a la seguridad y la dignidad. Incorporaba en este sentido el contenido de la Observación General núm. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>61</sup> El relator indicaba que «a pesar de la igualdad entre desalojamientos forzosos y violaciones palmarias de los derechos humanos establecida por diversos órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas, entre ellos la Subcomisión, millones de personas de casi todos los países de todo el mundo son desalojadas anualmente de manera forzosa y a menudo arbitraria de sus hogares, lo que

considerándolos «la violación más flagrante del derecho a la vivienda»<sup>62</sup>. En relación con los desalojos forzosos realizados con ocasión de grandes acontecimientos citaba, indirectamente, algunos eventos realizados en España durante el año 1992<sup>63</sup>. Su primer informe propiamente dicho como relator especial, titulado «El derecho a una vivienda adecuada», fue presentado a la Subcomisión de Derechos Humanos el 22 de junio de 1993<sup>64</sup>; en este informe se volvía a ocupar de la interrelación entre los diferentes derechos humanos y de la complejidad intrínseca del derecho a la vivienda<sup>65</sup> (en el que se incluye la seguridad en la tenencia y la protección frente a desalojos forzosos<sup>66</sup>); destacaba la necesidad de tutela del derecho a la vivienda ante los tribunales (enumerando diferentes ámbitos en que este derecho debía ser exigible ante los tribunales<sup>67</sup>); afirmaba que los desalojos forzosos eran la principal de las violaciones del derecho a la vivienda cometida por los

---

tiene como resultado la agravación de la crisis de la vivienda. Si bien el asunto de los desalojamiento[sic.] forzosos es complejo y polifacético y debería ser, en sí y por sí, objeto de un minucioso estudio de las Naciones Unidas, son precisas varias observaciones aclaratorias, en particular porque este acto constituye posiblemente la violación más flagrante del derecho a la vivienda» (*ibidem*, § 41).

<sup>62</sup> *Ibidem*, § 41 in fine.

<sup>63</sup> Señala el relator de las Naciones Unidas que las causas de los desalojos forzosos «en su mayoría dependen de una orden directa de los organismos gubernamentales o de la tolerancia tácita de las autoridades públicas. Algunas de esas razones son: para “embellecer” la ciudad; para construir estadios o campos de deportes; para disuadir de futuros asentamientos en precario; para realizar proyectos “de desarrollo”; para eliminar guaridas de delincuentes; para impedir el crecimiento de las ciudades; para ofrecer “un panorama agradable” a los turistas extranjeros; para proteger edificios históricos; para crear infraestructuras; para infligir un castigo; para separar grupos étnicos; para proteger la salud, la higiene y la seguridad públicas» (§ 43); Añadiendo que «También merece la pena señalar que parece existir un vínculo casi invariable entre la práctica de los desalojamiento[sic.] forzosos y la celebración de acontecimientos internacionales tales como juegos olímpicos, exposiciones universales, conmemoraciones (el quinto centenario de la llegada de Colón a América, por ejemplo), reuniones anuales del Banco Mundial y el FMI, espectáculos en torno a la Miss Universo, regatas de veleros por la Copa de América y visitas de dignatarios extranjeros. Esta internacionalización del proceso de desalojamiento merece también un examen más a fondo por parte de los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas» (§ 44).

<sup>64</sup> Doc. ONU: E/CN.4/Sub.2/1993/15 (45 periodo de sesiones de la subcomisión).

<sup>65</sup> Doc. ONU: E/CN.4/Sub.2/1993/15, §§ 83 a 92. El relator incluye como elementos a tener en cuenta para delimitar el concepto de vivienda adecuada: la seguridad jurídica en la tenencia (incluyendo la protección legal frente al desahucio), la disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; unos gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; adecuación del lugar; adecuación cultural.

<sup>66</sup> Que en la versión en castellano de este informe se designan indistintamente como «desahucios forzados» o «desalojamiento[sic.] forzosos».

<sup>67</sup> *Ibidem*, §§ 108 a 112. Destacaba el relator que no todas las exigencias eran dependientes de los recursos disponibles pero que incluso las que lo fueran podían ser objeto de exigencia bajo ciertas circunstancias.

gobiernos<sup>68</sup>. En su segundo informe periódico, de 21 de junio de 1994<sup>69</sup>, el relator especial insistía en que los desalojos forzados son también un problema propio de los países del primer mundo<sup>70</sup> y en que la cuestión de la vivienda debía abordarse desde el punto de vista de los derechos humanos, incluso en casos de aquellos desalojos con causa legítima y acometidos conforme a la ley nacional en defensa del derecho de propiedad<sup>71</sup>. También incluía en este segundo informe, respondiendo a una petición expresa de la Subcomisión<sup>72</sup>, un Proyecto de Convención Internacional sobre el Derecho a la Vivienda, en el cual se contemplaba el derecho de los ocupantes de una vivienda a no ser desalojados sin disponer de un alojamiento alternativo<sup>73</sup>. En su tercer informe o «Informe final», de 12 de julio de 1995<sup>74</sup>, el

---

<sup>68</sup> *Ibidem*, §§ 134 a 147

<sup>69</sup> E/CN.4/Sub.2/1994/20

<sup>70</sup> *Ibidem*, § 36 a 39. En los párrafos 17 a 45 se ocupa el relator de los «mitos» en relación con el derecho a la vivienda («doce conceptos erróneos y malas interpretaciones en materia de derecho a la vivienda»). Como uno de los mitos destaca el relator la consideración delictiva o antisocial de los ocupantes sin título o ilegales (§§ 31 a 35) afirmando que «Una de las consecuencias de la falta de vivienda es que muchas personas ocupan lugares públicos, así como domicilios que permanecen vacíos por largos períodos de tiempo. Esta es una expresión de su estado de desesperanza. Sin embargo, se proyecta una imagen muy desfavorable de esas personas como creadoras de discordia. A diferencia de esa imagen, los Países Bajos, por ejemplo, han promulgado una legislación que reconoce las reclamaciones de los precaristas en circunstancias concretas» (*ibidem*, § 30);

<sup>71</sup> Se ocupa el relator de la relación entre derecho a la vivienda y derecho de propiedad en los párrafos 65 a 76, recordando que «El relator especial sobre los derechos de toda persona a la propiedad individual y colectiva reconoce que no puede pedirse una inmunidad absoluta del derecho de propiedad, al llegar a la conclusión de que: “No hay ningún derecho que esté sujeto a más condiciones y limitaciones para permitir que el Estado intervenga en favor del interés general, para impedir la discriminación o el uso indebido de la propiedad o promover una distribución justa y equitativa de la riqueza que el derecho a la propiedad. Evidentemente, una vez más, es preciso hallar un equilibrio entre el interés individual, por una parte, y los intereses de la sociedad, por la otra” [E/CN.4/1994/19, §. 472]» (*ibidem*, § 76). En sus recomendaciones finales el relator incluye la cuestión de los desalojos forzados, encomendando a los Estados: «i) poner fin a los desalojos forzados; ii) derogar la legislación que obstaculiza el derecho a la vivienda; iii) vender, compartir o intercambiar terrenos, pero sin desalojar; iv) prohibir los desalojos sin una reinstalación libremente aceptada [...]» (*ibidem*, § 118):

<sup>72</sup> Formulada mediante resolución 1993/36 de la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos (E/CN.4/SUB.2/RES/1993/36, § 5).

<sup>73</sup> Transcribimos, por su pertinencia e interés, el artículo 6 de la propuesta («Seguridad de tenencia»): «1. Toda persona tiene el derecho ejecutable a la seguridad de tenencia sobre su vivienda, derecho que protege a todas las personas, entre otras cosas, del desalojo, la expropiación o el traslado forzados o arbitrarios, a falta de una alternativa aceptable para los afectados, independientemente del tipo de vivienda que habiten. 2. El derecho a la seguridad de tenencia significará que todos los niños, mujeres y hombres tienen derecho a un hogar y a un ambiente seguro y salubre. Toda persona tiene derecho a un hogar libre de violencia y de la amenaza de violencia u otra forma de hostigamiento, incluso el derecho al respeto del hogar. 3. Toda persona estará protegida por la ley de todas las formas de desalojo motivadas económicamente mediante aumento súbito o excesivo del alquiler, por afán de



relator insistió una vez más en la indisociabilidad de todos los derechos humanos y, por consiguiente, en la relación del derecho a la vivienda con otros derechos humanos incluidos derechos civiles y políticos<sup>75</sup>; enumeró una serie de elementos del derecho a la vivienda que había que considerar «intrínsecamente justiciables»<sup>76</sup>, es decir, con acceso a la tutela jurisdiccional, incluyendo entre ellos la protección contra desalojos o demoliciones forzosos, arbitrarios, infundados, punitivos o ilegales y la seguridad en la tenencia<sup>77</sup>; sugería el empleo de indicadores para evaluar el cumplimiento del derecho a una vivienda adecuada y, entre ellos, el número de desalojos en los últimos cinco años y el número de personas desalojadas que no hubieran recibido alojamiento alternativo adecuado<sup>78</sup>.

---

ganancia, por especulación o por razones que no reconozcan los derechos de los inquilinos. 4. El presente artículo será aplicable a todas las personas, incluso personas, familias y grupos, incluidos los ocupantes sin títulos y las personas cuyas circunstancias de vivienda varían, en particular los nómadas, los transeúntes y los romaníes (gitanos). 5. Toda persona, institución, sujeto jurídico, corporación pública o cualquier otra entidad que viole una cláusula del presente artículo será susceptible de proceso penal según la ley» (doc. ONU: E/CN.4/Sub.2/1994/20, capítulo IX).

<sup>74</sup> Presentado durante el 47.º periodo de sesiones de la Subcomisión (doc. ONU: E/CN.4/Sub.2/1995/12).

<sup>75</sup> *Ibidem*, §§ 59 a 61. Afirma el relator especial estar convencido de que «en ausencia de medidas encaminadas a respetar, proteger y procurar el derecho a una vivienda adecuada, se verá comprometida una amplia gama de derechos civiles y políticos» (§ 59). Para el relator especial «Hoy en día es indiscutible que los derechos que incluyen el derecho a la vida privada, el derecho a la vida de familia, el derecho a igual protección y amparo de la ley, el derecho a la igualdad de los sexos, el derecho a no ser objeto de discriminación, el derecho a un proceso con las debidas garantías jurídicas, el derecho a la seguridad personal, el derecho a la libertad de circulación y a escoger libremente la residencia, el derecho de libre asociación, el derecho de libertad de expresión, el derecho a la propiedad, el derecho a permanecer donde se está, el derecho a procurarse, recibir y facilitar información, están intrínsecamente ligados a la plena realización del derecho a una vivienda adecuada» (*ibidem*, § 60).

<sup>76</sup> *Ibidem*, §§ 79 a 96. También enumera aquellas exigencias que no podían formularse a un Estado con base en el derecho a la vivienda (*ibidem*, § 11).

<sup>77</sup> *Ibidem*, § 95, letras a) y b). Y, junto a los citados en el texto: el derecho a la no discriminación e igualdad de acceso en materia de vivienda; el derecho a la asequibilidad y accesibilidad de la vivienda; los derechos de los arrendatarios; el derecho a la igualdad y a iguales protección y amparo de la ley; el derecho a la igualdad de acceso a la tierra, a los servicios urbanos básicos, a los materiales de construcción y a ciertas facilidades; el derecho de acceso equitativo al crédito, las subvenciones, la financiación en condiciones razonables para grupos los grupos desfavorecidos; el derecho a medidas especiales para garantizar una vivienda adecuada a las familias con necesidades especiales o carentes de los recursos necesarios; el derecho a que se proporcionen viviendas adecuadas de emergencia al sector más pobre de la sociedad; el derecho a la participación en todos los aspectos en materia de vivienda; el derecho a un medio ambiente higiénico y a una vivienda habitable, salubre y segura.

<sup>78</sup> *Ibidem*, §§ 97 a 122. Dichos indicadores provienen del trabajo del Relator especial sobre la realización de los derechos económicos, sociales y culturales (doc. ONU: E/CN.4/Sub.2/1990/20) y del Informe del Seminario de Expertos de Naciones Unidas sobre los derechos económicos, sociales

El segundo relator especial de las Naciones Unidas sobre la vivienda adecuada (primero nombrado por la Comisión), fue el Sr. *MILLOON KOTHARI*, designado por la Comisión de Derechos Humanos el 17 de abril del año 2000<sup>79</sup>. Su mandato temático se debía centrar en «la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado». Su mandato inicial de tres años fue prorrogado sucesivamente hasta el año 2008. Entre 2001 y 2008, el relator presentó un total de seis informes a la Comisión de Derechos Humanos<sup>80</sup> y otros

---

y culturales, celebrado en enero de 1993 (A/CONF.157/PC/73). También la Conferencia Mundial de Derechos Humanos destacó en la Declaración y Programa de Acción de Viena (doc. ONU: A/CONF.157/23 y 24, de 12 de julio de 1993) la importancia de los indicadores como medio de medir o evaluar los avances en la realización de los derechos humanos.

<sup>79</sup> Terminado el trabajo del primer relator especial, Sr. Sachar, en 1995 hubo que esperar al año 2000 para que la Comisión de Derechos Humanos, durante su 56.º periodo de sesiones y mediante la resolución 2000/9, de 17 de abril (doc. ONU: E/CN.4/RES/2000/9), designara al arquitecto indio Sr. Miloon Kothari, como nuevo Relator especial para la vivienda adecuada (en principio por un periodo de tres años). El Consejo Económico y Social hizo suya esta Resolución mediante su Decisión 2000/218 (doc. ONU: E/DEC/2000/218). Su mandato fue confirmado por posteriores resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos (resoluciones 2001/28, 2002/21, 2003/27 y 2004/21).

<sup>80</sup> El «Primer Informe del relator especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado», de 25 de enero de 2001, fue rendido a la Comisión en su 57.º periodo de sesiones (doc. ONU: E/CN.4/2001/51). En este primer informe el relator expuso el marco para el desarrollo de su labor y la metodología «constructiva» con la que pretendía abordarlo. Los informes posteriores trataron con detenimiento algún tema específico; así, el segundo informe, de 1 de marzo de 2002 (58.º periodo de sesiones; doc. ONU: E/CN.4/2002/59), se ocupó de la discriminación frente a los servicios de vivienda, del impacto de la globalización en la realización de los derechos a la vivienda y de las cuestiones de discriminación (en particular relativas a la igualdad de género) en relación con la vivienda; en su tercer informe, de 3 de marzo de 2003 (59.º periodo de sesiones; doc. ONU: E/CN.4/2003/5), se ocupó de los servicios de agua y saneamiento como elementos esenciales para la realización del derecho a una vivienda adecuada, de la repercusión de la globalización en la vivienda, el desarrollo de instrumentos de vigilancia e indicadores y los problemas específicos de las personas con discapacidad; ofrecía un panorama general de sus actividades en los tres años precedentes; el cuarto informe periódico, de 2 de noviembre de 2004 (60.º periodo de sesiones; doc. ONU: E/CN.4/2004/48), fue dedicado a los desalojos forzosos; el quinto, de 3 de marzo de 2005 (61.º periodo de sesiones; doc. ONU: E/CN.4/2005/48) a la situación de las personas sin hogar, sus causas y consecuencias; y el sexto informe, de 14 de marzo de 2006 (62.º Periodo de sesiones), el último informe de su mandato ante la Comisión de Derechos Humanos, a exponer líneas de trabajo futuro y a formular algunas conclusiones provisionales (doc. ONU: E/CN.4/2006/41).

Además de estos seis informes de carácter general el relator especial elaboró también informes específicos con el título «mujer y vivienda adecuada». Ya en su resolución 2000/9, la Comisión de Derechos Humanos había incluido en el mandato del relator especial la tarea de adoptar una perspectiva de género en su tarea. Mediante las resoluciones 2000/13 y 2001/34 (correspondientes a los periodos de sesiones 56.º y 57.º, respectivamente), tituladas «la igualdad de las mujeres en materia de propiedad, acceso y control de la tierra y la igualdad de derechos a la propiedad y a una vivienda adecuada», la Comisión alentó a todos los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, procedimientos especiales y otros mecanismos de derechos humanos a que de manera

dos al Consejo de Derechos Humanos. En 2007, habiéndose disuelto la Comisión y transferidas sus funciones y mandatos al Consejo de Derechos Humanos, el relator especial para la vivienda adecuada presentó el 15 de febrero de 2007, durante la 5.<sup>a</sup> sesión del Consejo de Derechos Humanos, su séptimo informe (primero presentado al Consejo)<sup>81</sup>, dedicado a proporcionar instrumentos prácticos (indicadores) para vigilar el cumplimiento del derecho a una vivienda adecuada; en él también presentó un conjunto de directrices sobre desalojos forzosos. En la misma sesión, el Consejo acordó prorrogar nuevamente su mandato<sup>82</sup> y le encomendó la elaboración de un segundo informe (octavo a su cargo) que fue presentado el 13 de febrero de 2008 en la 7.<sup>a</sup> sesión del Consejo<sup>83</sup> y que estaba centrado en el resumen de su mandato y de los obstáculos encontrados a la aplicación del derecho a la vivienda adecuada (entre ellos el problema de los desalojos forzosos) y en ofrecer sugerencias al Consejo y al siguiente relator.

Interesa destacar a los propósitos de nuestro estudio como el *Sr. Kothari* retomó desde su primer informe (2001) varias de las cuestiones abordadas por el anterior

---

regular y sistemática tomasen en cuenta la perspectiva de género en la puesta en marcha de sus mandatos. Mediante resolución 2002/49, con el mismo título y objetivo que la anterior, la Comisión encomendó al relator especial la tarea de elaborar informes específicos sobre el tema de la mujer y la vivienda adecuada: docs ONU: E/CN.4/2003/55; E/CN.4/2005/43 y E/CN.4/2006/118. En ellos, el relator analiza obstáculos que se han identificado para la realización efectiva de los derechos de las mujeres relativos a la vivienda, en particular de las que no tienen vivienda, como son la violencia contra la mujer, las normas culturales y sociales discriminatorias, las leyes discriminatorias sobre la familia o la persona, la discriminación múltiple, la privatización y el costo inasequible de la vivienda para la mujer, o el modo en que los desastres naturales, los desalojos forzosos y el VIH/SIDA afectan a las mujeres. En relación con los desalojos el relator muestra su preocupación «por la práctica del Departamento de Servicios Sociales canadiense de separar a los hijos de sus madres para confiarlos a la custodia del Estado alegando que la vivienda es inhabitable o no reúne condiciones de seguridad en las situaciones de violencia doméstica. Esa práctica inquietante era frecuentemente observable en el caso de las mujeres indígenas» (E/CN.4/2006/118, § 70).

<sup>81</sup> Doc. ONU: A/HRC/4/18

<sup>82</sup> Resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos, «Consejo de Derechos Humanos de las NU: desarrollo institucional», de 18 de junio de 2007 (5.<sup>a</sup> sesión) (A/HRC/RES/5/1). Además, por resolución 5/2, de 18 de junio de 2007, se adoptó un «Código de Conducta para los titulares de mandatos de los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos». En su resolución 6/27, «La vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado», de 14 de diciembre de 2007 (6.<sup>a</sup> sesión) (A/HRC/RES/6/27), el Consejo revisa el mandato del relator especial estableciendo sus funciones y finalidades.

<sup>83</sup> Doc. ONU: A/HRC/7/16

relator (y reflejadas en sucesivas resoluciones de la Comisión y de la Subcomisión así como en los Observaciones Generales 4 y 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), en particular, la afirmación de que los desalojos forzosos constituyen violaciones flagrantes de los derechos humanos<sup>84</sup>. Igualmente es de reseñar como en su segundo informe (2002) insistió en la naturaleza del derecho a la vivienda como derecho humano diferenciado<sup>85</sup>, resaltando la naturaleza inmediatamente vinculante de algunos de sus elementos, en particular, de la prohibición de desalojos forzosos<sup>86</sup>.

Como muestra de la relevancia progresiva de la inclusión de la protección contra los desalojos forzosos como una parte esencial del derecho a una vivienda adecuada, el cuarto informe periódico<sup>87</sup> (2004) de relator especial para la vivienda adecuada, *MILOON KOTHARI*, (presentado en el 60.º periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos) fue dedicado especialmente a los desalojos forzosos. En él instó a la Comisión incluir más expresamente la cuestión de los desalojos forzosos en el mandato del relator especial «en vista del indisoluble vínculo que existe entre el derecho a una vivienda adecuada y los desalojos forzosos», y, en particular, solicitó que dicha inclusión se hiciera «alentando expresamente al relator especial a intervenir eficazmente, por ejemplo mediante llamamientos urgentes cuando se le haga llegar información verosímil y fiable, y a continuar recabando las opiniones y observaciones de todos los interesados, en particular de los gobiernos»<sup>88</sup>. También solicitaba en dicho informe<sup>89</sup> la organización de un Seminario de Expertos para establecer nuevas directrices<sup>90</sup> para los Estados en relación con los desalojos forzosos

---

<sup>84</sup> Doc. ONU: E/CN.4/2001/51, §§ 73

<sup>85</sup> Doc. ONUE/CN.4/2002/59, §§ 20 a 23

<sup>86</sup> *Ibidem*, §§ 24 a 31

<sup>87</sup> Doc. ONU: E/CN.4/2004/48

<sup>88</sup> Cuarto *Informe del Relator especial sobre la Vivienda Adecuada como parte integrante del derecho a un adecuado nivel de vida*, 60.º periodo de sesiones; doc. ONU: E/CN.4/2004/48, § 92 b

<sup>89</sup> Doc. ONU: E/CN.4/2004/48, § 92 a

<sup>90</sup> Se trataba de reforzar y hacer operativas directrices ya existentes elaboradas por un grupo de expertos reunido en Ginebra, 11 a 13 de junio de 1997 para analizar «la práctica de los desalojos forzosos», por convocatoria del Secretario General de Naciones Unidas a petición de la Comisión de Derechos Humanos (resolución 1995/29, de 24 de agosto de 1995) en el marco de las conclusiones de la Conferencia Hábitat II. El Grupo de Expertos elaboró las «Directrices

basadas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, solicitud que dio lugar a la «Reunión de trabajo internacional sobre desalojos forzados» celebrada en Berlín en junio de 2005.

El relator especial incluyó en su sexto informe —el último presentado a la Comisión— (2006) una propuesta de «Principios básicos y directrices sobre desalojos y desplazamientos generados por desarrollo»<sup>91</sup>; posteriormente, como anexo a su primer informe al Consejo de Derechos Humanos (2007), presentó los denominados «Principios y directrices sobre desalojos y desplazamientos generados por el desarrollo»<sup>92</sup>, que pretenden ayudar a los Estados y a la Comunidad Internacional a adoptar políticas y legislación adecuadas para ocuparse de los desalojos forzados por motivos de desarrollo<sup>93</sup>. La resolución del Consejo de

---

completas sobre los derechos humanos en relación con los desplazamientos basados en el desarrollo» (doc. ONU: E/CN.4/Sub.2/1997/7, Anexo).

<sup>91</sup> Doc. ONU: E/CN.4/2006/41, Apéndice. Según el informe, las directrices «incluyen la necesidad de los Estados de realizar exhaustivas evaluaciones de impacto ante de los desalojos, teniendo en cuenta su especial repercusión sobre mujeres, niños y otros grupos vulnerables de personas; piden a los gobiernos que adopten medidas de intervención que eviten que las fuerzas del mercado incrementen la vulnerabilidad ante los desalojos de los grupos marginados y de rentas bajas; afirman la obligación de los Estados de reconocer el derecho humano fundamental de los sujetos desalojados al retorno, a ser realojados y a ser compensados; y afirman la exigencia de que las personas afectadas sean notificadas por escrito y con la antelación suficiente con vistas a minimizar los efectos adversos de los desalojos; enumeran detalladamente los pasos que deben dar los Estados para proteger los derechos humanos antes, durante y después de los desalojos; y el establecimiento de criterios restrictivos para iniciar y llevar a cabo desalojos en circunstancias excepcionales» (doc. ONU: E/CN.4/2006/41, § 34).

<sup>92</sup> Doc. ONU: A/HRC/4/18/Anexo I. Con base en el «curso práctico internacional sobre desalojos forzados» celebrado en Berlín en junio de 2005 con el fin de elaborar directrices destinadas a ayudar a los Estados y a la comunidad internacional a elaborar políticas y legislación para ocuparse de los desalojos forzados. Según la segunda de las directrices, éstas son «desarrollo de las Directrices completas para los derechos humanos en relación con los desplazamientos basados en el desarrollo (E/CN.4/Sub.2/1997/7, anexo)»

<sup>93</sup> Según el informe de 2007, el objetivo de los indicadores es «la identificación, a partir de los datos disponibles y en la medida de lo factible, de indicadores ilustrativos que como punto de partida traduzcan el contenido de las normas jurídicas del derecho (tales como el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las Observaciones generales Nos. 4 y 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) a un número concreto de atributos característicos que faciliten la identificación de indicadores para vigilar la aplicación del derecho. Por ejemplo, la lista adjunta determina cuatro atributos (elementos esenciales) del derecho a una vivienda adecuada: habitabilidad, acceso a los servicios, asequibilidad de la vivienda y seguridad de la tenencia. Una vez identificados los atributos del derecho de una forma mutuamente exhaustiva, el paso siguiente es determinar una configuración de indicadores estructurales -de proceso- de resultado» (doc. ONU: A/HRC/4/18, 9).

Derechos Humanos 15/8, de 30 de septiembre<sup>94</sup> considera que deben continuar los trabajos para la adopción de tales principios y directrices.

La conveniencia de disponer de indicadores para evaluar el logro del derecho a la vivienda (que ya había abordado el primer relator especial en su informe final del año 1995) se refleja en el informe especial sobre desalojos forzosos (2004)<sup>95</sup>; el relator especial solicitaba del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos la elaboración de indicadores en relación con los desalojos forzosos que permitieran a los Estados recopilar y proporcionar información relevante sobre los mismos<sup>96</sup>. En su primer informe al Consejo de Derechos Humanos (2007), el relator especial presentó los denominados «indicadores del derecho a una vivienda adecuada» (anexo II al informe), como instrumentos para disponer de datos o puntos de referencia nacionales que permiten vigilar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados en relación con el derecho humano a la vivienda.

Durante la 7.<sup>a</sup> sesión del Consejo de Derechos Humanos, al tiempo que se recibía el último informe del relator especial, *Sr. MILOON KOTHARI* (febrero de 2008), se nombró a la Sra. *RAQUEL ROLNIK* «Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto», asumiendo sus funciones el 1 de mayo de 2008<sup>97</sup>. El 13 de agosto de 2008, la relatora especial presentó su primer

---

<sup>94</sup> Adoptada durante la 15.<sup>a</sup> sesión (2010), doc. ONU: A/HRC/RES/15/8

<sup>95</sup> Ya en su informe del año anterior (doc. ONU: E/CN.4/2003/5) el relator especial había propuesto la necesidad de elaborar indicadores relativos al derecho a la vivienda y, como consecuencia de esta propuesta se celebró una reunión de expertos en Ginebra, del 26 al 28 de noviembre de 2003. En ella se planteaban tres tipos de indicadores (siguiendo la línea marcada en el informe del relator): sobre la adecuación de la vivienda, sobre la negación y violación de derechos relacionados con la vivienda y sobre el proceso de realización del derecho a la vivienda adecuada. En el segundo grupo de indicadores mencionado se situaban los de personas sometidas a desalojos forzosos.

<sup>96</sup> Doc. ONU: E/CN.4/2005/48, §§ 69 a 72 y 92 c)

<sup>97</sup> La Resolución del Consejo de Derechos Humanos 6/27, de 14 de diciembre de 2007, encomendaba a la Sra. Raquel Rotnik, alta funcionaria de las Naciones Unidas, la labor de relatora especial y, como tal, «presentar un informe sobre la aplicación de la presente resolución [por consiguiente, sobre el derecho a la vivienda] a la Asamblea General en su sexagésimo tercer período de sesiones y otra al Consejo en 2008, de conformidad con su programa de trabajo anual» e «invita al relator especial saliente a presentar al Consejo, en su séptimo período de sesiones, un informe final integral sobre sus observaciones, conclusiones y recomendaciones». En cumplimiento de este mandato

informe a la Asamblea General (63.º periodo de sesiones) centrado en resumir la tarea realizada y planificar la labor futura de la institución de los relatores especiales para el derecho a la vivienda pero ocupándose también de la “justiciabilidad” o tutela efectiva del derecho a la vivienda<sup>98</sup>. El 4 de febrero de 2009, la relatora presentó su primer informe ante el Consejo de Derechos Humanos (10.º periodo de sesiones)<sup>99</sup>, centrado en las políticas y criterios en materia económica, financiera y de vivienda en los últimos decenios y su repercusión en el derecho a una vivienda adecuada teniendo presente el contexto actual de crisis. El 6 de agosto de 2009 presentó su segundo informe ante la Asamblea general<sup>100</sup> (64.º periodo de sesiones), dedicado monográficamente los efectos del cambio climático en el disfrute del derecho a una vivienda adecuada. El 18 de diciembre de 2009, la relatora presentó su segundo informe anual dirigido al Consejo de de Derechos Humanos (13.º periodo de sesiones)<sup>101</sup>, centrado en las repercusiones de los grandes eventos deportivos internacionales («megaeventos») en la realización del derecho a una vivienda adecuada y, en especial, en el legado positivo y negativo que dejan a los anfitriones los Juegos Olímpicos y la Copa Mundial de Fútbol. El 9 de agosto de 2010, presentó su tercer informe ante la Asamblea general (65.º periodo de sesiones), dedicado monográficamente en el disfrute del derecho a una vivienda adecuada con relación a las migraciones<sup>102</sup>. El 20 de diciembre de 2010, la relatora presentó su tercer informe anual al Consejo de Derechos Humanos (16.º periodo de sesiones), dedicado a la importancia de integrar las normas de derechos humanos y en particular el derecho a una vivienda adecuada en los procesos de reconstrucción posteriores a desastres y conflictos con especial atención a la garantía de seguridad

---

el relator especial presentó en la 7.ª sesión del Consejo (2008) un nuevo informe anual, con fecha 13 de febrero de 2008 (doc. ONU: A/HRC/7/16) conteniendo una visión general de su trabajo como primer «Relator especial para la Vivienda adecuada como parte integrante del derecho a un adecuado nivel de vida». En la Sesión núm. 63 de la Asamblea General la ya segunda relatora especial presentó un informe (doc. ONU: A/63/275) conteniendo las áreas de trabajo del relator especial para los años siguientes entre las que se incluye la justiciabilidad (tutela judicial) de los derechos.

<sup>98</sup> Doc. ONU: A/63/275. Este tema fue tratado por la relatora a la vista del examen por la Asamblea General de la aprobación del protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>99</sup> Doc. ONU: A/HRC/10/7

<sup>100</sup> Doc. ONU: A/64/255.

<sup>101</sup> Doc. ONU: A/HRC/13/20

<sup>102</sup> Doc. ONU: A/65/261

en la tenencia<sup>103</sup>. Su mandato fue prorrogado hasta 2013 por la resolución del Consejo de Derechos Humanos 15/8, de 30 de septiembre de 2010<sup>104</sup>. El 20 de diciembre de 2010 presentó un cuarto informe al Consejo de Derechos Humanos (16.º periodo de sesiones) dedicado a la realización del derecho a una vivienda adecuada en situaciones posteriores a un desastre<sup>105</sup>. El 5 de agosto de 2011 presentó su cuarto informe ante la Asamblea general (66.º periodo de sesiones), dedicado monográficamente, al igual que el presentado al Consejo, a la realización del derecho a una vivienda adecuada en situaciones posteriores a un desastre<sup>106</sup>, e insistiendo en que pese al contexto estudiado (reconstrucción tras un desastre natural) «El resultado de los desalojos no debería ser que las personas se queden sin vivienda. En los casos en que las personas afectadas no estén en condiciones de mantenerse, el Estado debe tomar medidas para que se les proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas» (§ 46). El 26 de diciembre de 2012 presentó su quinto informe al Consejo de Derechos Humanos (19.º periodo de sesiones), dedicado a la cuestión de las mujeres y su derecho a una vivienda adecuada examinando los progresos alcanzados hasta la fecha y los esfuerzos que aún es necesario realizar para asegurar que las mujeres de todo el mundo puedan gozar de este derecho en la práctica<sup>107</sup>; concluyendo que «Los Estados deben abstenerse de la práctica de los desalojos forzosos y deben proteger a las mujeres contra los desalojos forzosos por parte de personas privadas o de terceros. La violencia contra la mujer ejercida en el contexto de los desalojos se debe prevenir y sancionar enérgicamente»<sup>108</sup>.

---

<sup>103</sup> Doc. ONU: A/HRC/16/42

<sup>104</sup> 15.ª sesión (2010), doc. ONU: A/HRC/RES/15/8

<sup>105</sup> Doc. ONU: A/HRC/16/42

<sup>106</sup> Doc. ONU: A/66/270

<sup>107</sup> Doc. ONU: A/HRC/19/53. En este informe se hace una específica a nuestro país. A partir de una consulta realizada por vía electrónica a organizaciones y defensores de los derechos de la mujer en todas las regiones afirma que «en España, donde las ejecuciones hipotecarias se han disparado durante los últimos tres años, las mujeres que participaron en la consulta electrónica informaron de que las mujeres pobres y sus familias se habían visto especialmente afectadas, y que seguían experimentando de cerca los efectos devastadores de la crisis económica. Como sucedió en otros países, los más perjudicados por los recortes en los programas sociales han sido las mujeres marginadas. Las consecuencias de las ejecuciones hipotecarias sobre las mujeres son similares a las que se han documentado acerca de los efectos de los desalojos forzosos, es decir, el aumento del aislamiento social, un mayor riesgo de sufrir violencia doméstica y el aumento de la pobreza.» (§ 15).

<sup>108</sup> *Ibidem*, § 66



La relatora especial para la vivienda adecuada, *RAQUEL ROLNIK*, dedicó parte de su primer informe dirigido al Consejo de Derechos Humanos (febrero de 2009) a la seguridad de la tenencia, los desalojos forzosos y la falta de vivienda<sup>109</sup>, poniendo de manifiesto, al analizar las repercusiones de los desalojos en la vida de quienes la sufren, la interrelación del derecho a la vivienda con otros derechos humanos<sup>110</sup>. En su segundo informe al Consejo (diciembre de 2009) la relatora destacó los límites que la prohibición de desalojos forzosos impone a los gobiernos en la organización de macroeventos basándose para ello en los documentos más precisos disponibles en el seno del Sistema de Naciones Unidas (La Observación General núm. 7 sobre desalojos forzosos de 1997 —en particular su párrafo 15 conteniendo las garantías procesales para los desalojos forzosos— y los principios y orientaciones básicos sobre los desalojos y desplazamientos originados en el desarrollo de 2006) y reiterando la idea (contenida en la Observación General núm. 7) de que «aun cuando los desalojos estén justificados y se efectúen con las garantías procesales adecuadas, no deben tener como consecuencia que las personas afectadas queden sin hogar, y el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas, dentro del máximo de los recursos de que dispone, para proporcionar vivienda, reasentamiento o acceso a tierra productiva»<sup>111</sup>.

A modo de resumen de este apartado, puede observarse una constante y armónica evolución interpretativa en todos los órganos del Sistema de Naciones Unidas según la cual la protección que se deriva del derecho a la vivienda (de los «derechos relativos a la vivienda» si se tiene en cuenta la interrelación entre los derechos humanos) exige la prohibición de desalojos forzosos. Además, de modo unánime y de forma cada vez más clara, se insiste en que los desalojos prohibidos por el derecho Internacional de los derechos humanos no son sólo los realizados en países

---

<sup>109</sup> Párrafos 67 a 73. Destaca la relatora que la crisis económica ha ocasionado el embargo de muchas viviendas lo que en muchos casos «ha significado la pérdida del único lugar de residencia de una familia, que ha quedado sin hogar o viviendo en condiciones inadecuadas. En algunos casos se ha informado de un incremento de los “asentamientos de tiendas de campaña” y campamentos, por lo visto como resultado directo de los embargos» (doc. ONU: A/HRC/10/7, § 67).

<sup>110</sup> Destaca la relatora los efectos devastadores de los desalojos para mujeres y niños, la agravación de la discriminación de la mujer que se produce en estos casos, el daño causado a la estabilidad de la familia, los problemas para la escolarización de los menores, así como el trauma físico y psicológico.

<sup>111</sup> Doc. ONU: A/HRC/13/20, § 33 in fine.

del Tercer Mundo, completamente al margen de la ley, con carácter masivo y por razones de desarrollo o con motivo de grandes celebraciones (aunque esta sigue siendo la gran mayoría de los desalojos forzados que se producen en el mundo), sino también los realizados en el Primer Mundo, conforme a la ley y frente a personas individualmente consideradas cuando no se respeten unos mínimos esenciales entre los que se incluye la disponibilidad de un alojamiento alternativo. Sobre estas cuestiones volveremos más adelante.

#### **4. Aplicación de los derechos humanos relativos a la vivienda**

##### *4.1. Observaciones finales a los informes presentados por los Estados<sup>112</sup>*

La mayoría de los tratados sobre derechos humanos prevén un mecanismo de vigilancia consistente en la presentación por los Estados de Informes periódicos que el Comité competente debe examinar a fin de establecer si los Estados Parte han cumplido con las diversas obligaciones por ellos contraídas.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en sus artículos 16 y 17 que todos los Estados Parte deben presentar cada cinco años informes completos sobre todas las medidas legislativas, políticas y de otra índole que hayan adoptado para garantizar la efectividad de los derechos previstos en el Pacto. Para precisar la información que deben suministrar los Estados, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha dictado directrices en las que pide a los Estados que proporcionen, entre otra información relevante, datos sobre el «número de personas expulsadas de su vivienda en los últimos cinco años y el número de personas que carecen actualmente de protección jurídica contra la expulsión arbitraria o cualquier otro tipo de desalojo», de «las leyes relativas a los derechos de los inquilinos a la seguridad de su tenencia y a la protección frente al desalojo», y de aquellas «leyes que prohíban todo tipo de desalojo y toda revocación o reforma legislativa de las

---

<sup>112</sup> Los informes presentados por los Estados ante los distintos Comités de Derechos Humanos y las observaciones finales —concluding observations— de éstos pueden consultarse por su número oficial de referencia en <http://documents.un.org> o por países en <http://tb.ohchr.org/>

leyes vigentes que sea contraria a la realización al derecho a la vivienda»<sup>113</sup>. Partiendo de dichos informes el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales elabora «Observaciones Finales» —*Concluding Observations*— mediante las que hace constar el nivel de adecuación de los distintos Estados a las disposiciones previstas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>114</sup>.

En paralelo al recién descrito mecanismo de informes periódicos a cargo de los diferentes comités creados en virtud de los tratados, del Consejo de Derechos Humanos depende un nuevo mecanismo de similar naturaleza: el Examen Periódico Universal<sup>115</sup> con la finalidad de evaluar cada cuatro años la situación de cada Estado con relación a los derechos humanos a partir de los datos

---

<sup>113</sup> «Directrices revisadas relativas a la forma y el contenido de los informes que han de presentar los Estados partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales» (doc. ONU: E/C.12/1990/8, anexo IV, págs. 101 a 103 y doc. ONU: E/1991/23, anexo IV).

<sup>114</sup> La última «Observación Final» del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre la aplicación en España del Pacto fue aprobada el 14 de mayo de 2004 durante su 32.º periodo de sesiones (doc. ONU: E/C.12/1/Add.99). El debate previo tuvo lugar en las sesiones núm. 120, 130 y 140, celebradas entre los días 3 y 4 de mayo de 2004 (E/C.12/2004/SR.12 a 14) mediante las cuales se analizó el cuarto informe periódico presentado por nuestro país el 11 de septiembre de 2002 (doc. ONU: E/C.12/4/Add.11). El comité manifestó en su Observación Final la preocupación por el problema «de las personas afectadas por los desalojos forzosos» (§ 20) e «insta al Estado Parte a que le proporcione datos desglosados y comparativos sobre el número de personas afectadas por los desalojos forzosos y a que vele por que todo desalojo forzoso se ajuste a las directrices establecidas en la Observación General núm. 7 del Comité» (§ 38). Por último, el Comité pidió al Estado español que presentase su quinto informe periódico a más tardar el 30 de junio de 2009 (§ 43). El quinto informe, correspondiente al periodo 2004-2009, fue presentado por el Estado español el 31 de enero de 2011 (E/C.12/ESP/5) dedicando un extenso apartado sobre el sector de la vivienda en España. El Comité, con base en este documento, ha solicitado al Estado español una ampliación de información sobre «las medidas que se han tomado para facilitar el acceso a una vivienda adecuada para las poblaciones más vulnerables, incluyendo los gitanos, los migrantes y las personas sin empleo» (E/C.12/ESP/Q/5, § 19 —publicado el 2 de septiembre de 2011—).

<sup>115</sup> El mecanismo de «Examen Periódico Universal» —*Universal Periodic Review* ó UPR— estaba contemplado en la resolución de la Asamblea General de la ONU 60/251, de 15 de marzo de 2006 (doc. ONU: A/RES/60/251) como una de las funciones encomendadas al Consejo de Derechos Humanos. El Consejo de Derechos Humanos, mediante resolución 5/1, «Construcción Institucional del Consejo de Derechos Humanos», de 18 de junio de 2007 (doc. ONU: A/HRC/RES/5/1 que la Asamblea General ratifica mediante la resolución 62/219, de 22 de diciembre, —doc. ONU: A/62/53—) establece el mecanismo y crea el Grupo de Trabajo para el Examen Periódico Universal. El examen correspondiente a España se desarrolló el 5 de mayo de 2010, durante la 8.ª sesión del Examen Periódico Universal (doc ONU: A/HRC/15/6), sobre la base del informe presentado por España (A/HRC/WG.6/8/ESP/1) y las compilaciones de información elaboradas por preparada por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) (A/HRC/WG.6/8/ESP/2) y por organismos colaboradores del sistema (A/HRC/WG.6/8/ESP/3).

disponibles (entre otros, los informes dirigidos por los Estados a los distintos comités). De la dirección del citado examen se ocupará un «Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal» (EPU), creado por el Consejo de Derechos Humanos, aunque en el proceso de evaluación tienen una importante participación los Estados implicados.

#### *4.2. Decisiones en respuesta a quejas individuales*

El protocolo facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales<sup>116</sup> adoptado por resolución de 10 de diciembre de 2008<sup>117</sup> establece la competencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para recibir y examinar comunicaciones de particulares, ciudadanos de los Estados firmantes del protocolo. Frente a dichas comunicaciones el Comité debe adoptar decisiones conteniendo sus observaciones y recomendaciones al Estado en cuestión.

Por otra parte, al tiempo que se crea el Consejo de Derechos Humanos se establece un procedimiento de denuncias ante el mismo para responder frente a violaciones graves, sistemáticas y fehacientemente probadas de cualesquiera derechos humanos, en cualquier parte del mundo y en cualesquiera circunstancias<sup>118</sup>. Opera a través de dos grupos de trabajo. Un primer grupo de trabajo, formado por cinco miembros<sup>119</sup>, expertos

---

<sup>116</sup> Doc. ONU: A/63/435. Conforme al art. 17 entrará en vigor tras su ratificación por diez estados. España lo ratificó el 23 de septiembre de 2010.

<sup>117</sup> Doc. ONU: A/RES/63/117. Mediante Resolución 2003/18, de 22 de abril, la Comisión de Derechos Humanos se encomendó a un grupo de expertos analizar las opciones de elaboración de una propuesta de protocolo adicional al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales para permitir la presentación de quejas individuales ante el mismo y la formulación consecuente de observaciones a los Estados. Se tuvo en cuenta el Informe y borrador de protocolo facultativo presentados a la Comisión en 1997 por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (doc. ONU: E/CN.4/1997/105, Anexo) culminando un proceso que se había iniciado ya en 1990. Se tuvieron igualmente en cuenta las contribuciones al mismo por parte de diversos actores (docs. ONU: E/CN.4/2002/57 y E/CN.4/2003/53). Los dictámenes (jurisprudencia del comité) podrán consultarse por su número oficial de referencia en <http://documents.un.org> o por países en <http://tb.ohchr.org/>

<sup>118</sup> Al amparo de la resolución de la Asamblea General de la ONU 60/251, de 15 de marzo de 2006 (doc. ONU: A/RES/60/251), el Consejo de Derechos Humanos estableció mediante resolución 5/1, «Construcción Institucional del Consejo de Derechos Humanos», de 18 de junio de 2007 (doc. ONU: A/HRC/RES/5/1 que la Asamblea General ratifica mediante la resolución 62/219, de 22 de diciembre, —doc. ONU: A/62/53—) un Procedimiento de Quejas ante el Consejo de Derechos Humanos.

<sup>119</sup> Denominado, Working Group on Communications (WGC).

independientes designados por el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos, está encargado de recibir las denuncias, analizar su admisibilidad (rechazando aquellas manifiestamente infundadas o anónimas), recabar el punto de vista de los Estados denunciados, formular recomendaciones y remitirlas al segundo grupo de trabajo. El segundo Grupo de Trabajo<sup>120</sup>, también integrado por cinco miembros (en este caso nombrados por los Estados que integran el Consejo de Derechos Humanos) presenta un informe al Consejo y formula recomendaciones sobre las medidas a adoptar. A partir de estas recomendaciones el Consejo adopta su decisión.

#### *4.3. Informes del relator especial como consecuencia de misiones y visitas a países*

El relator especial para la vivienda adecuada realiza visitas a diversos países en las que se entrevista con autoridades y miembros de la sociedad civil, pudiendo recibir quejas de particulares en el contexto de su labor. Como resultado de tales visitas elabora informes de contenido específico sobre la situación del derecho a una vivienda adecuada en el país de referencia<sup>121</sup>.

### **5. Mecanismos de promoción y cooperación en materia de derechos humanos relativos a la vivienda y de su protección frente a desalojos forzosos**

Para completar el marco internacional de referencia para el derecho a la vivienda (y singularmente, el relativo a la protección frente a los desalojos forzosos) se debe aludir a distintas iniciativas desarrolladas por las Naciones Unidas (frecuentemente en forma de «conferencias» o «programas») que, con el objetivo de fomentar y asegurar el cumplimiento de este derecho humano, siguen una metodología basada en la colaboración con los Estados.

---

<sup>120</sup> Denominado Working Group on Situations (WGS).

<sup>121</sup> Del 20 de noviembre al 1 de diciembre de 2006, el relator especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Sr. MILOON KOTHARI, realizó una misión a España con el objeto de examinar el grado de cumplimiento de dicho derecho, con especial atención a las cuestiones de igualdad de género y de no discriminación. El Informe preliminar de la misión se presentó en la 5.ª sesión del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (doc. ONU: A/HRC/4/18/Add.3) y el informe definitivo y recomendaciones en la 7.ª sesión del Consejo de Derechos Humanos (doc. ONU: A/HRC/7/16/Add.2). La respuesta del Estado español a dicho informe fue la «Nota verbal de fecha 13 de marzo de 2008 de la Misión Permanente de España ante la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra dirigida a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos», publicada con fecha 18 de marzo (doc. ONU: A/HRC/7/G/13).

Como hitos fundacionales de este ámbito de actividad internacional deben citarse: la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos celebrada en 1978 en Vancouver, Canadá, origen de la «Declaración de Vancouver sobre los Asentamientos Humanos»; la celebración en 1987 del «Año Internacional de la Vivienda para las Personas sin Hogar» a partir del cual se puso en marcha (desde 1988) la «Estrategia Mundial de Vivienda hasta el año 2000»; la Conferencia «Hábitat II» celebrada en Estambul, Turquía, en 1996, origen del denominado «Programa de Hábitat» (*Hábitat Agenda*<sup>122</sup>) y del «Plan de acción de Hábitat» que pretendían ser el soporte de la futura labor de cooperación nacional e internacional para la progresiva realización del derecho a la vivienda adecuada (y para cuya implementación se crearon el Centro de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos, «Hábitat»<sup>123</sup>, y su Secretaría, la Comisión de las Naciones Unidas para los asentamientos Humanos); y la Conferencia Hábitat + 5, celebrada el año 2001<sup>124</sup>, origen de la «Declaración sobre las ciudades y otros asentamientos humanos en el nuevo milenio»<sup>125</sup>, que hacía explícitos los compromisos de los Estados para, entre otros objetivos, promover la seguridad en la tenencia y prevenir los desalojos forzados<sup>126</sup>. Desde 1 de enero de 2002, el Centro de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (*Hábitat*) y la Comisión de las Naciones Unidas para los asentamientos Humanos se han transformado, respectivamente, en el Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU-Hábitat) y en su Consejo de Administración (Consejo de Administración de ONU-Hábitat)<sup>127</sup>, ambos dependientes del Consejo Económico y Social (ECOSOC). El mencionado Consejo de Administración de ONU-Hábitat celebró su sesión inaugural en mayo de 2003, con la misión de asistir a los Estados miembros en la gestión y desarrollo de los

---

<sup>122</sup> Doc. ONU: A/CONF.165/14, anexo II. En el párrafo 39 del Programa de Hábitat, los gobiernos reafirmaron su determinación de «garantizar progresivamente el ejercicio pleno del derecho a una vivienda adecuada, según lo previsto en los instrumentos internacionales». De los 241 párrafos del Programa de Hábitat, 33 tratan de cuestiones de derechos humanos y describen los distintos aspectos y las medidas necesarias para la progresiva realización del derecho a una vivienda adecuada.

<sup>123</sup> <http://ww2.unhabitat.org>; Hábitat se convierte así en la principal entidad de las Naciones Unidas responsable de la promoción en la esfera de la vivienda y los asentamientos humanos.

<sup>124</sup> Celebrada en Nueva York (del 6 al 8 de junio) como 25.º sesión especial de la Asamblea General para vigilar el cumplimiento del Programa Hábitat (doc. ONU: A/CONF.147/18).

<sup>125</sup> Doc. ONU: A/RES/S-25/2, anexo.

<sup>126</sup> *Ibidem*, §§ 38 y 49, respectivamente.

<sup>127</sup> Resolución 56/206, de la Asamblea General de 21 de diciembre de 2001.

asentamientos humanos. Paralelamente, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH —o, en sus siglas inglesas OHCHR—)<sup>128</sup> incorpora en su mandato, desde 1995, las actividades que guardaran relación directa con el derecho humano a una vivienda adecuada<sup>129</sup>.

Las actividades de los órganos citados incluyen tanto resoluciones como «programas de acción» que han ido centrándose progresivamente en la dimensión jurídica de la vivienda como un derecho humano y en los desalojos forzosos como una amenaza para el mismo. Tanto el Programa Hábitat como el Plan de Acción de Hábitat (1997) han insistido en el derecho a la vivienda como un derecho humano integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y en el deber de los gobiernos de promover, proteger y asegurar su realización progresiva y la protección efectiva frente a aquellos desalojos forzosos «que fueran contrarios a la ley, teniendo en consideración los derechos humanos»<sup>130</sup>. En este sentido, el Centro para los Asentamientos Humanos (*Hábitat*) aprobó, el 5 de mayo de 1993 (durante su 14.º

---

<sup>128</sup> <http://www.ohchr.org>

<sup>129</sup> Respondiendo a la solicitud en este sentido de la Subcomisión de Derechos Humanos (resolución 1995/27).

<sup>130</sup> No sin polémica. En el año 1995 durante las reuniones en Nairobi del Comité preparatorio de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II) Estados Unidos presentó propuestas encaminadas a suprimir en diversos documentos del Comité Preparatorio de Hábitat II y de la Comisión de Asentamientos Humanos toda mención a las palabras «El derecho humano a una vivienda adecuada». Las propuestas fueron finalmente retiradas, pero, a cambio, la Comisión para los Asentamientos Humanos aprobó la resolución 15/2, de 1 de mayo de 1995, en la que se comprometía a revisar la condición jurídica del derecho a una vivienda adecuada contenida en su informe «Hacia una estrategia sobre el derecho a la vivienda» (citado en nota anterior). De este proceso dio cuenta el informe del relator especial para la vivienda adecuada Sr. Sachar (doc. ONU: E/CN.4/Sub.2/1995/12, § 66). De conformidad con dicha resolución, el Centro de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (CNUAH ó Hábitat) y el Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas decidieron organizar conjuntamente la reunión de un grupo de expertos que examinara más a fondo los diversos aspectos del derecho a una vivienda adecuada. La reunión se celebró en Ginebra los días 18 y 19 de enero de 1996 y en ella se reafirmó la existencia del derecho humano a una vivienda adecuada bien como derecho especial y diferenciado, bien como parte de un derecho más general, el derecho a un adecuado nivel de vida (las conclusiones de esta reunión de expertos pueden verse reflejadas en la nota de la Secretaría General de 10 de julio de 1996 sobre el derecho a una vivienda adecuada dirigida a la Subcomisión de Derechos Humanos (Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías): doc. ONU: E/CN.4/Sub.2/1996/10, §§ 3 a 14; también se refleja en el segundo informe del relator especial para la vivienda adecuada, Sr. Miloon Kothari, de 2002 (E/CN.4/2002/59, §§ 21). Vid. SCOTT, LECKIE, «Where It Matters Most: Making International Housing Rights Meaningful at the National Level», en AA. VV. (Scott, Leckie, ed.), *National Perspectives on Housing Rights*, Martinus Nijhoff Publishers-Kluwer Law International, the Hague (the Netherlands), 2003, pág. 4 (nota 4).

periodo de sesiones), la resolución 14/6<sup>131</sup>, primera de este órgano sobre el derecho a la vivienda, titulada «El derecho humano a una vivienda adecuada» en la que instaba todos los Estados «a que pongan término a las prácticas que puedan producir o produzcan violaciones del derecho humano a una vivienda adecuada, en particular la práctica del desalojo en masa forzado y toda forma de discriminación racial o de otra índole en la esfera de la vivienda» así como a que «abroguen, reformen o enmienden las leyes, las políticas y los programas o proyectos existentes que afecten negativamente de cualquier manera la plena realización del derecho a una vivienda adecuada»<sup>132</sup>. Sobre la base de esta resolución, *Hábitat* elaboró en 1995 la denominada «Estrategia sobre el derecho humano a la vivienda»<sup>133</sup>.

Posteriormente, el Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos aprobó la resolución 20/13, de 8 de abril de 2005<sup>134</sup> sobre «La vivienda como componente del derecho a un adecuado nivel de vida para personas vulnerables y desaventajadas» específicamente referida a personas con minusvalías, familias monoparentales, especialmente madres solteras, personas de edad avanzada, huérfanos y niños abandonados, entre otros grupos. En ella, entre otras medidas, se urgía a los gobiernos «a buscar alternativas a los desalojos forzados, especialmente en lo que respecta a personas vulnerables o pertenecientes a grupos desaventajados»<sup>135</sup>.

El enfoque que considera el derecho a la vivienda como un derecho humano se refuerza con el desarrollo desde 1999, a cargo también de *Hábitat*, de la «Campaña Mundial por

---

<sup>131</sup> Doc. ONU: A/48/8, anexo I

<sup>132</sup> Posteriormente aprobó la resolución 16/7, de 7 de mayo de 1997 (doc. ONU: A/52/8) con el título «La realización del derecho humano a una vivienda adecuada».

<sup>133</sup> Incluida en un documento de referencia de fecha 16 de febrero de 1995 titulado «Hacia una estrategia sobre el derecho a la vivienda. Contribuciones prácticas del CNUAH (Hábitat) a la promoción, garantía y protección de la realización plena del derecho humano a una vivienda adecuada» (HS/C/15/INF.7 y HS/C/15/Add.2). La estrategia proponía diversas actividades de promoción; asesoramiento y cooperación técnica; supervisión; promoción del derecho a la vivienda de grupos sociales específicos; redes de trabajo, etc. El relator especial para la vivienda adecuada, Sr. Sachar, afirmó en su informe del año 1995 que este documento constituía «una de las muy escasas iniciativas, dentro del sistema de las Naciones Unidas, relacionadas con medidas concretas destinadas a dar efectividad real a derechos económicos y sociales específicos, encuadrados en un marco de derechos humanos (E/CN.4/Sub.2/1995/12, § 38)»

<sup>134</sup> Doc. ONU: HSP/GC/20/13, de 8 de abril de 2005.

<sup>135</sup> Ídem, § 5.



la Seguridad en la Tenencia»<sup>136</sup>, como contribución al desarrollo de la Declaración del Milenio y a sus objetivos de reducir a la mitad para el año 2015 el porcentaje de personas que carezcan de acceso a agua potable y de mejorar considerablemente la vida de por lo menos 100 millones de habitantes de chabolas<sup>137</sup> para el año 2020. La campaña, cuya máxima actividad comenzó a desplegarse entre los años 2000 y 2001, persigue la realización del derecho a la vivienda en sus diversos componentes. De todos ellos se daba prioridad al derecho a no ser desalojado sin el debido proceso, al considerarlo el componente más prominente del derecho a la vivienda; se reconocía el potencial conflicto entre derechos de propiedad y derechos humanos; se consideraba la vigilancia sobre los desalojos forzosos como un componente temático global de la campaña y se propugnaba la elaboración de directrices en las que, entre otras cosas, se definieran los desalojos forzosos.

En abril de 2001 se lanza (con efecto desde abril de 2002), como iniciativa conjunta entre ONU-Hábitat y el ACNUDH, el «Programa de las Naciones Unidas para el Derecho a la Vivienda»<sup>138</sup> (*United Nations Housing Rights Programm —UNHRP—*) con la finalidad de colaborar con los Estados (a través, en su caso, de los diferentes agentes sociales) en la implementación del *Programa de Hábitat*, promoviendo el derecho a la vivienda. Este programa se considera un instrumento de la ya citada «Campaña Mundial por la Seguridad en la Tenencia»

Otra línea de trabajo de ONU-Hábitat en relación con el derecho humano a la vivienda consiste en la elaboración y perfeccionamiento de indicadores cuantitativos

---

<sup>136</sup> Puede verse *Guidelines on how to undertake a National Campaign for Secure Tenure; Global Campaign for Secure Tenure*, 2003, ISBN: 92-1-131681-2, HS/689/03E, Asimismo, *United Nations Human Settlements Programme Global Campaign for Secure Tenure a tool for advocating the provision of adequate shelter for the urban poor*, 2004, ISBN: 92-1-131716-9, HS/731/04E.

<sup>137</sup> *Slams* en las versiones en inglés o «tugurios», según en la terminología más empleada en las versiones en castellano de los documentos.

<sup>138</sup> Iniciativa conjunta del Centro de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (resolución 16/7 de la Comisión para los Asentamientos Humanos titulada «Realización del derecho humano a una vivienda adecuada» adoptada el 7 de mayo de 1997, doc. ONU: A/52/8) y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Resolución 2001/28, doc. ONU: E/CN.4/RES/2001/28). La resolución 20/13, de 8 de abril de 2005, del Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (citada) invita a los Gobiernos a apoyar financieramente la implementación de este programa conjunto (§ 8).

sobre vivienda y desalojos<sup>139</sup>. En este sentido, se ha propuesto un grupo de indicadores relativo «a la negación y la violación de los derechos de vivienda», del que forma parte el número de personas por cada 100.000 habitantes sometidas a desalojos forzosos, aspirándose a que desagregación de estos datos permita identificar el número de mujeres, niños, ancianos o personas pertenecientes a minorías raciales o étnicas afectados. También se ha sugerido que entre el grupo de indicadores relativos al «marco legal» se incluyan los que expresen si la legislación internacional sobre el derecho a una vivienda adecuada ha sido implementada por la normativa interna y a si estos derechos pueden invocarse ante los tribunales; indicadores relativos a la existencia de mecanismos que garanticen el acceso a la justicia gratuita para la defensa del derecho a la vivienda adecuada e indicadores relativos al tiempo medio de respuesta de los tribunales ante una pretensión de vulneración del derecho a una vivienda adecuada.

Asimismo, en 2004 se creó, en el seno de ONU-Hábitat, al amparo de la Resolución 19/5 de mayo de 2003 del Consejo de Administración de Hábitat, el *Grupo Internacional Asesor sobre desalojos forzosos (cuyas siglas en inglés son AGFE — Advisory Group on Forced Evictions—)*. Es un órgano asesor de la Directora General de ONU-Hábitat designado por ésta entre los miembros de organizaciones civiles y administraciones públicas con la misión de monitorizar los desalojos forzosos y de actuar en ellos como mediadores cuando sea posible<sup>140</sup>.

---

<sup>139</sup> Inicialmente, pieza clave de la Campaña Global para la Seguridad en la Tenencia (lanzada en 1999) y en el marco del Programa de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la vivienda se celebró un Seminario de Expertos para elaborar indicadores sobre la violación de derechos relacionados con la vivienda (Ginebra del 26 al 28 de noviembre de 2003); vid. Working Paper n.º 1 UN-Hábitat (United Nations Human Settlements Programme) and Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, UN HABITAT Information Services Section (Publications@unhabitat.org), Nairobi, 2003, UNHRP, (sólo disponible en formato digital, <http://www.unhabitat.org/unhrp/pub>). Posteriormente, entre el 19 y el 20 de diciembre de 2006, el ACNUDH organizó una reunión de expertos en relación con los indicadores del derecho a la vivienda.

<sup>140</sup> En Europa ha realizado una misión de mediación en Roma, cuyo contexto en relación con los desahucios hemos expuesto en el anterior epígrafe. El Grupo Asesor sobre Desalojos Forzosos también ha prestado atención a los desalojos de romaníes o gitanos de vida itinerante en el Reino Unido que fueron asimismo objeto de atención por el TEDH (vid. infra). El grupo presentó un primer informe en 2005 y un segundo informe en 2007: vid. *Forced Evictions Towards Solutions?, First Report of the Advisory Group on Forced Evictions to the Executive Director of UN-Hábitat*, 2005 (HS/751/05E), y *Forced Evictions Towards Solutions?, Second Report of the Advisory Group on Forced Evictions to the Executive Director of UN-Habitat*, 2007 (HS/932/07E)).

## 6. Significado y alcance del derecho humano a la vivienda adecuada y de la prohibición de desalojos forzosos

Del anterior conjunto de fuentes de producción y conocimiento de las normas jurídicas internacionales relativas al derecho a la vivienda y a la prohibición de desalojos forzosos, pueden extraerse las siguientes pautas:

1.º Se reconoce el derecho a la vivienda como un derecho humano de naturaleza económico-social derivado del derecho a un nivel de vida adecuado.

El derecho a la vivienda aparece expresamente en las normas internacionales como un componente del derecho a un adecuado nivel de vida: art. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y art. 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966). Lo recuerdan numerosas resoluciones de la Asamblea General, el Consejo Económico y Social, la Comisión y la Subcomisión de Derechos Humanos, el Consejo de Derechos Humanos, la Comisión y el Centro de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos; a todas ellas hemos hecho referencia.

En cuanto al significado y alcance de este derecho, según la «Estrategia Mundial de la Vivienda hasta el Año 2000» (1988), aprobada por la Asamblea General «vivienda adecuada significa [...] disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos. Todo ello a un costo razonable»<sup>141</sup>. En la Observación General núm. 4 (1991), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales define el derecho a la vivienda adecuada como «el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte»<sup>142</sup>. El relator especial para la vivienda adecuada (Sr. *MILLOON KOTHARI*), en su primer informe periódico a la Comisión de Derechos Humanos (2001) propuso una definición del derecho a una vivienda

<sup>141</sup> Doc. ONU: A/43/8/Add.1, cit., § 5.

<sup>142</sup> Doc. ONU: E/1992/23, Anexo III y E/C.12/1991/4, cits., párrafo 7; el Comité destaca que no debe entenderse en sentido restrictivo, como el «mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o [...] como una comodidad» (*ibidem*).

adecuada como «el derecho humano de todo hombre, mujer, joven y niño a tener un hogar y una comunidad seguros en que puedan vivir en paz y dignidad»<sup>143</sup>.

Se trata un derecho complejo. Para la Observación General recién citada la adecuación de la vivienda comprende siete aspectos diversos: «a) seguridad jurídica de la tenencia, con inclusión, como garantía de la misma, de la protección legal contra el desalojo forzoso; b) disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; c) gastos soportables; d) habitabilidad; e) asequibilidad para los grupos en situación de desventaja; f) lugar adecuado; y g) adecuación cultural»<sup>144</sup>. En su último informe (2008) el relator nombrado identificaba 14 elementos que «ofrecen una idea completa» del derecho a una vivienda adecuada, basados en obligaciones emanadas de los tratados internacionales y de su interpretación por los órganos especializados. Entre ellos sitúa la seguridad de la tenencia<sup>145</sup>.

2.º El derecho a la vivienda no es sólo un derecho de prestación cuya tutela efectiva dependa exclusivamente y en todos sus aspectos de los recursos económicos disponibles por el Estado.

El derecho a la vivienda, como cualquier otro derecho económico y social, es, en gran parte, un derecho prestacional dependiente de los recursos económicos disponibles por cada Estado, lo que determina un distinto nivel de exigencia según los casos así como la necesidad de su aplicación progresiva (principio de progresividad). Según el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966) «cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto

---

<sup>143</sup> Doc. ONU: E/CN.4/2001/51, cit., § 8. Según el relator «Esta definición se inspira en los trabajos de la Campaña Nacional India de Promoción de los Derechos en materia de Vivienda, la Coalición Internacional Hábitat y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales» (*ibidem*, en nota).

<sup>144</sup> *Ibidem*, párrafo 8.

<sup>145</sup> Doc. ONU: A/HRC/7/16, § 5. Los elementos ya habían sido identificados en el informe de 2003 (Doc. ONU: E/CN.4/2003/5, §§ 60 y 61). Proceden de la tarea emprendida por el relator para identificar «indicadores sensibles a los derechos a fin de vigilar la realización del derecho a una vivienda adecuada ha sido el conjunto de instrumentos para la vigilancia de los derechos relacionados con la tierra y la vivienda elaborado por la Red sobre los Derechos relacionados con la Tierra y la Vivienda de la Coalición Internacional Hábitat, en cooperación con el relator especial y mediante amplias consultas con la sociedad civil. Su objetivo es servir como instrumento de vigilancia más general y basado en la comunidad» (*ibidem*, § 60).

se compromete a adoptar medidas, [...], hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos»<sup>146</sup>.

Sin embargo, no todas las actuaciones exigidas por el Pacto son dependientes de los recursos económicos del Estado como aquéllas que sólo requieren para su eficacia determinadas medidas legislativas y judiciales, no necesitadas de recursos económicos adicionales a los ya existentes y, por consiguiente, susceptibles de cumplimiento prácticamente inmediato<sup>147</sup> o aquellas medidas que requieren de una abstención por parte de los poderes públicos, también relativamente independientes de los recursos disponibles y, por consiguiente, implementables de modo prácticamente inmediato<sup>148</sup>. Como destaca la citada Observación General núm. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales relativa a «la índole de las obligaciones de los Estados Parte» (1990), algunas de estas obligaciones «pueden (y por ello, deben) ser objeto, al menos en muchos sistemas legales, de inmediata

---

<sup>146</sup> La Observación General núm. 3 (índole de la obligación de los estados partes) destaca que la obligación principal de los Estados Partes, enunciada en el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, consiste en adoptar medidas «para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos» reconocidos en el Pacto» (doc. ONU: E/1991/23, anexo III; también en doc. ONU: E/C.12/1990/8 § 9).

<sup>147</sup> *Ibidem*, § 2. Incluso en aquellos casos en que la satisfacción del derecho está en función de los recursos del Estado esto sólo significa, según la mencionada Observación General núm. 3, que «el reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos económicos sociales y culturales no se podrá alcanzar, en términos generales, en un corto periodo de tiempo [...]» (§ 9), existiendo, sin embargo, un nivel mínimo esencial de cuya satisfacción, se considera una «obligación mínima» de la que se presume capaz al Estado correspondiéndole por consiguiente la carga de demostrar su incapacidad de atenderla (§ 10), debiendo, incluso entonces, satisfacer al menos aquellos aspectos del derecho para los que sí se dispone de recursos (§ 11) o para los que se requiere una cantidad de recursos limitada (§ 12). Por otra parte, la obligación de extender las prestaciones al «máximo de los recursos disponibles» exige de aquellos Estados con más recursos un avance constante y sin que sea admisible que produzcan retrocesos injustificados.

<sup>148</sup> El primer informe de la relatora especial para la vivienda adecuada, Sra. Raquel Rolnik, al Consejo de Derechos Humanos (2009) destacaba este carácter complejo de los derechos económicos y sociales (y de todo derecho humano) sosteniendo que «todo derecho humano tiene aspectos que podrían ser objeto de un litigio o de un fallo judicial» (doc. ONU: A/HRC/10/7, § 51). Vid. sobre las diferentes obligaciones, positivas y negativas, derivadas de los derechos económicos y sociales, Craven, Matthew, «Assessment of the Progress on Adjudication of Economic, Social and Cultural Rights» en AA. VV. (Squires, John; Langford, Malcolm; Thiele, Bret, eds.), *The Road to a Remedy: Current Issues in the Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*, Australian Human Rights Centre, The University of New South Wales, Centre on Housing Rights and Evictions, 2005, pág. 31.

aplicación por los tribunales y otros órganos públicos»<sup>149</sup>. Idea que reitera la Observación General núm. 9 (1998)<sup>150</sup>, relativa a la aplicación interna del Pacto, afirmando que la posibilidad de aplicación directa de los derechos económicos, sociales y culturales será posible siempre que así lo prevea la ley interna o lo interpreten los tribunales, pero, en todo caso, así lo consiente la naturaleza de muchos de los deberes que se derivan del pacto<sup>151</sup>.

En esta misma línea interpretativa, los Principios de Limburgo para la implementación del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1986)<sup>152</sup> y las directrices de Maastrich sobre las violaciones de los

---

<sup>149</sup> Observación General núm. 3, cit., § 5.

<sup>150</sup> Doc. ONU: E/1999/22, §§ 10 y 11.

<sup>151</sup> En este sentido, la Observación General núm. 9 del CDESC considera que «es importante distinguir entre justiciabilidad (que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales) y las normas de aplicación inmediata (que permiten su aplicación por los tribunales sin más disquisiciones). Aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad. A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes» (§ 10). Por otra parte, «El Pacto no niega la posibilidad de que puedan considerarse de aplicación inmediata los derechos que contiene en sistemas en que se prevé tal opción. Es más, en el momento de su redacción se rechazaron con firmeza los intentos de incluir en el Pacto una disposición específica en el sentido de que no tenía aplicación inmediata. En la mayoría de los Estados, la determinación de que la disposición de un tratado es, o no es, de aplicación inmediata corresponde a los tribunales, no al poder ejecutivo ni al legislativo. [...]. Es especialmente importante evitar cualquier suposición a priori de que las normas no deben considerarse de aplicación inmediata. De hecho, muchas de ellas están redactadas en unos términos que son, por lo menos, tan claros y concretos como los de otros tratados sobre derechos humanos, cuyas disposiciones consideran generalmente los tribunales de aplicación inmediata» (§ 11)

<sup>152</sup> Los *Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales* fueron aprobados en una reunión convocada por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan de la Universidad de Cincinnati, (vid. «The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights», *Human Rights Quarterly*, Vol. 9 (1987), págs. 122-135; *Review of the International Commission of Jurists*, núm. 37, diciembre 1986, págs. 43 a 55; doc. ONU: E/CN.4/1987/17, anexo). Tienen como precedente los Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1984) adoptados en una Conferencia Internacional organizada por la Comisión Internacional de Juristas, la Asociación Internacional de Derecho Penal, la Asociación Estadounidense para la

Derechos Económicos Sociales y Culturales (1997)<sup>153</sup> establecieron con claridad que determinadas obligaciones del Pacto (denominadas «obligaciones mínimas esenciales») deben de cumplirse inmediatamente, con independencia de la disponibilidad de recursos<sup>154</sup>. Esto se aplicaría en particular a las disposiciones sobre no discriminación y a la obligación de los Estados parte de abstenerse de violar (mediante su actuación directa) derechos económicos, sociales y culturales que ya se disfrutaban o a la prohibición de retirar la protección jurídica o de otra índole relacionada con esos derechos<sup>155</sup>. En las directrices de Maastrich se enumeran siete formas en que los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser vulnerados por acción del Estado y diez modos en que pueden serlo por omisión<sup>156</sup>.

En su segundo informe periódico (2002), el relator especial para la vivienda adecuada (Sr. *MILON KOTHARI*), señalaba que un «aspecto importante de las

---

Comisión Internacional de Juristas, el Instituto Urban Morgan de Derechos Humanos y el Instituto Internacional de Estudios Superiores de Ciencias Penales. (vid. doc. ONU: E/CN.4/1985/4 y *Review of the International Commission of Jurists*, núm. 36, junio 1986, págs. 43 a 55).

<sup>153</sup> Las *Directrices de Maastrich sobre la violación de los Derechos Económicos Sociales y Culturales* fueron elaboradas por expertos en Derechos humanos en enero de 1997 con motivo del décimo aniversario de los anteriores principios a iniciativa de la Comisión Internacional de Juristas, el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan y el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Maastricht con objeto de ampliar el entendimiento de los Principios de Limburgo con respecto a la naturaleza y el alcance de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y las respuestas y recursos adecuados a los mismos (vid. *Human Rights Quarterly*, vol. 20, 1998, págs. 691 a 704; también se reproduce en, *Economic, Social and Cultural Rights: A Compilation of Essential Documents*, Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, 1997, págs. 79 a 92).

<sup>154</sup> Principios de Limburgo, principios 25 a 28. Según las Directrices de Maastrich «de conformidad con los Principios de Limburgo 25-28, y tal como lo reafirma la jurisprudencia evolutiva del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la escasez de recursos no exime a los Estados de ciertas obligaciones mínimas esenciales en la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales» (§ 10).

<sup>155</sup> Según las Directrices de Maastrich «Existe una violación de los derechos económicos, sociales y culturales cuando un Estado lleva a cabo, por acción u omisión, cualquier política o práctica que intencionalmente viola o ignora las obligaciones previstas en el Pacto, o cuando no alcanza la correspondiente norma de conducta o resultado establecida. Asimismo, constituye una violación del Pacto cualquier tipo de discriminación fundada en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición cuyo objeto o resultado sea invalidar o menoscabar el goce o ejercicio en pie de igualdad de los derechos económicos, sociales y culturales» (§ 11). Por otra parte, en las Directrices núm. 14 y 15 se establece un elenco de vulneraciones producidas por acción (§ 14, letras a-g) y omisión (§ 15, a-j). En el mismo sentido los Principios de Limburgo establecen un elenco de violaciones del pacto (principio núm. 72).

<sup>156</sup> Directrices núms. 14 y 15, respectivamente.

obligaciones de los Estados es la noción de “obligación mínima”» según la cual «todo Estado Parte, con independencia de su nivel de desarrollo económico, tiene la obligación mínima de garantizar, al menos, la satisfacción de los niveles esenciales mínimos de cada uno de los derechos recogidos en el Pacto», asimismo, consideraba necesario «definir esos niveles esenciales mínimos respecto del derecho a una vivienda adecuada»<sup>157</sup>. En su último informe (2008), este relator especial señalaba como uno de los obstáculos a la realización del derecho a una vivienda adecuada que «los gobiernos no han hecho los esfuerzos necesarios para reflejar estas obligaciones internacionales en su legislación nacional»<sup>158</sup>.

La prohibición de desalojos forzosos (como componente del derecho humano a la vivienda adecuada) es paradigma de lo afirmado en cuanto requiere o bien una abstención por parte del Estado o bien una actuación de los poderes legislativo o ejecutivo no siempre necesitada de recursos adicionales a los que ya se han dispuesto con carácter general para asegurar el cumplimiento de las normas. La Observación General núm. 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1997) recuerda que «una legislación contra los desalojos forzosos es una base esencial para crear un sistema de protección eficaz»<sup>159</sup>. En su informe dirigido a la Asamblea General (2008) la relatora especial para la vivienda adecuada (*RAQUEL ROLNIK*) afirma que la prohibición de desalojos forzosos es una obligación negativa derivada del derecho a la vivienda adecuada por lo que su aplicabilidad es inmediata y no queda sometida al principio de «aplicación progresiva»<sup>160</sup>.

---

<sup>157</sup> Doc ONU: E/CN.4/2002/59, § 28.

<sup>158</sup> Doc. ONU: A/HRC/7/16, § 9.

<sup>159</sup> *cit.*, § 10.

<sup>160</sup> Literalmente, afirma que «La concepción actual del derecho a una vivienda adecuada entraña distintos tipos de obligaciones, entre ellas algunas negativas, como por ejemplo la prohibición de los desalojos forzosos, y otras positivas, como la promulgación de medidas legislativas y de otra índole para garantizar la seguridad de la tenencia, el acceso a los servicios y la asequibilidad de la vivienda, o la eliminación del problema de la carencia de vivienda. También pone de relieve el hecho de que una serie de obligaciones dimanadas del derecho a una vivienda adecuada son de carácter inmediato, y no están sujetas a una aplicación progresiva, como la prohibición de la discriminación, la protección contra los desalojos forzosos o la protección



3.º Es exigible la tutela judicial («justiciability») de los derechos económicos, sociales y culturales.

El reconocimiento legal de un derecho, cualquiera que sea a su naturaleza, lleva implícita una obligación para los Estados. El art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales exige a los Estados Parte que den efectividad por todos los medios apropiados a los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en él mismo. Por otra parte, según el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>161</sup>: «una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado» lo que, a juicio del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, significa que «los Estados deben modificar el ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a las obligaciones dimanantes de los tratados en los que sean Parte» (Observación General núm. 9 —1998—, sobre la aplicación del Pacto en el ordenamiento interno)<sup>162</sup>.

Aunque las normas del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales dejan a cada Estado libertad para determinar las garantías jurídicas que debe ofrecer para su cumplimiento<sup>163</sup>, resulta difícil que pueda ser conforme al Pacto un sistema jurídico que niega una tutela judicial de los derechos consagrados en el mismo («justiciabilidad»<sup>164</sup>). En este sentido, la citada Observación General núm.

---

contra la violencia en el hogar, que guardan una estrecha relación con el acceso a la vivienda» (doc. ONU: A/63/275, § 53).

<sup>161</sup> UN. doc A/CONF.39/27 (1969). Celebrada en Viena el 23 de mayo de 1969; en vigor desde el 27 de enero de 1980.

<sup>162</sup> Observación General núm. 9, sobre la aplicación interna del pacto, (Aprobada en la 51ª sesión —19º período de sesiones—, celebrada el 1º de diciembre de 1998), doc. ONU: E/1999/22, anexo IV, §§ 3 y 4.

<sup>163</sup> En este sentido, el relator especial para la vivienda adecuada nombrado por la Subcomisión de Derechos Humanos, Sr. Sachar, exponía en su tercer informe a la Subcomisión (informe final) que las obligaciones de los Estados no implican: «a) Que se exija al Estado que construya viviendas para toda la población; b) Que el Estado haya de suministrar vivienda gratuitamente a todos los que la soliciten; c) Que el Estado necesariamente deba cumplir con todos los aspectos de este derecho inmediatamente después de asumir los deberes de hacerlo; d) Que el Estado deba confiar exclusivamente en sí mismo o en el mercado no reglamentado para garantizar a todos este derecho; o e) Que este derecho se manifieste del mismo modo en todas las circunstancias o lugares» (doc. ONU: E/CN.4/Sub.2/1995/12, §. 11).

<sup>164</sup> Con frecuencia se emplea el término «justiciabilidad» de los derechos humanos para aludir a su protección por los tribunales o, a veces, por órganos cuasi-judiciales o incluso administrativos.

9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirma que «en general, las normas internacionales sobre derechos humanos jurídicamente vinculantes deben operar directa e inmediatamente en el sistema jurídico interno de cada Estado Parte, permitiendo así a los interesados reclamar la protección de sus derechos ante los jueces y tribunales nacionales»<sup>165</sup>. Tal conclusión está amparada en nuestro Ordenamiento jurídico (con los matices de los que daremos cuenta más adelante) a través de los arts. 10.2, 24 y 53 CE.

En su último informe ante el Consejo de Derechos Humanos (2008), el relator especial para la vivienda adecuada (*Sr. MILOON KOTHARI*) señalaba, como uno de los obstáculos a la realización del derecho a una vivienda adecuada que:

«los gobiernos no han hecho los esfuerzos necesarios para reflejar estas obligaciones internacionales en su legislación nacional. Pese a la evidencia creciente de los órganos internacionales y regionales de derechos humanos, que confirman el derecho a la vivienda adecuada como un derecho exigible ante los tribunales, el marco legislativo y de política nacional y las decisiones de los tribunales en la mayoría de las jurisdicciones nacionales no abarcan las consideraciones de derechos humanos del derecho a una vivienda adecuada. Prevalece la tendencia a considerar la vivienda, la tierra y la propiedad como productos comercializables más que como derechos humanos que exigen la protección, ante todo y sobre todo, de las comunidades vulnerables, y que el derecho a la vivienda sea tratado como un bien social»<sup>166</sup>.

Por ello, «El relator especial ha defendido constantemente la aprobación del propuesto protocolo facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que aclararía la naturaleza del derecho a una vivienda adecuada como un derecho exigible ante los tribunales»<sup>167</sup>.

En su primer informe ante la Asamblea General (2008), la relatora especial para la

---

Vid. Scheinin, Martin, «Justiciability and the Indivisibility of Human Rights», en AA. VV. (Squires, John; Langford, Malcolm; Thiele, Bret, eds.), *The Road To A Remedy: Current Issues in the Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*, Australian Human Rights Centre, The University of New South Wales, Centre on Housing Rights and Evictions, 2005, pág. 18.

<sup>165</sup> *Ídem*. La relatora especial para la vivienda adecuada, Sra. Raquel Rolnik, también se ocupó de la cuestión de la tutela efectiva del derecho a la vivienda en su primer informe (2008) §§ 48 a 67.

<sup>166</sup> Doc. ONU: A/HRC/7/16, § 9.

<sup>167</sup> *Ibidem*, § 10.

vivienda adecuada, *RAQUEL ROLNIK*, se ocupó también de la tutela judicial del derecho a la vivienda<sup>168</sup> afirmando que, según una opinión generalizada, los derechos políticos y civiles son los únicos derechos que generan prerrogativas para los ciudadanos y obligaciones para el Estado, de carácter justiciable mientras que la vivienda, la tierra y la propiedad suelen considerarse «productos comercializables y no un derecho humano»<sup>169</sup>, sin embargo:

«un examen de cualquier lista aceptada de derechos económicos, sociales y culturales, por ejemplo, los consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o en instrumentos regionales, demostraría [...] [que] los derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos civiles y políticos, no se limitan a un solo modelo, sino que abarcan una amplia diversidad de aspectos: libertades, obligaciones del Estado respecto de terceras partes, obligaciones del Estado de adoptar medidas o de alcanzar un resultado determinado. En efecto, la obligación de respetar, proteger y procurar los derechos humanos significa que, en la práctica, todo derecho humano tiene aspectos que podrían ser objeto de un litigio o de un fallo judicial»<sup>170</sup>.

4.º El derecho a la vivienda, como derecho económico y social es un derecho inextricablemente vinculado a otros derechos humanos, incluidos algunos de los considerados derechos civiles y políticos, lo que refuerza la exigencia de su tutela efectiva. Además de un derecho (humano) a la vivienda (right to adequate housing), se puede hablar, en plural, de los derechos (humanos) [relativos a] la vivienda (housing rights).

El denominado «principio de indivisibilidad de los derechos humanos» explica que la vivienda adecuada esté en la base no solo del derecho a la vivienda adecuada, con naturaleza de derecho económico-social, sino de múltiples derechos humanos, incluidos determinados derechos civiles y políticos. La Observación General núm. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1991) señala que «El derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto»<sup>171</sup>. En este mismo

---

<sup>168</sup> Doc. ONU: A/63/275, §§ 48 a 67.

<sup>169</sup> *Ibidem*, §§ 48 y 49.

<sup>170</sup> *Ibidem*, § 51.

<sup>171</sup> Doc. ONU: E/1992/23, anexo III, § 7.

sentido, el relator especial para la vivienda adecuada nombrado por la Subcomisión de Derechos Humanos (*Sr. RAJINDAR SACHAR*), puso de relieve, desde el primer documento de su mandato (1992), la estrecha conexión existente entre el derecho a la vivienda y otros derechos humanos, tanto de naturaleza económico social como de naturaleza civil y política:

«Existen relaciones obvias entre el disfrute del derecho a la vivienda y la realización consecutiva de varios derechos adicionales. Por ejemplo, si el derecho a la vivienda no se satisface razonablemente, es de por sí imposible el pleno disfrute de derechos tales como los de intimidad del hogar, seguridad de la persona, libertad de movimientos, elección de la propia residencia, trato igualitario, vida libre de discriminación racial y otras formas de discriminación, y del derecho mismo a la vida. Al mismo tiempo, entre los derechos económicos, sociales y culturales menoscabados podrían figurar los derechos al más alto grado asequible de sanidad, educación y desarrollo»<sup>172</sup>.

En el último documento de su mandato (1995) el citado relator destacó, nuevamente, «la indisociabilidad de todos los derechos humanos» así como «las relaciones específicas, esenciales y permeables existentes entre el pleno goce del derecho a una vivienda adecuada y ciertos derechos civiles y políticos»<sup>173</sup>:

«en ausencia de medidas encaminadas a respetar, proteger y procurar el derecho a una vivienda adecuada, se verá comprometida una amplia gama de derechos civiles y políticos. Recíprocamente, las violaciones de muchos derechos civiles y políticos inciden directamente en el disfrute del derecho a la vivienda.[...] Hoy día es indiscutible que los derechos que incluyen el derecho a la vida privada, el derecho a la vida de familia, el derecho a igual protección y amparo de la ley, el derecho a la igualdad de los sexos, el derecho a no ser objeto de discriminación, el derecho a un proceso con las debidas garantías jurídicas, el derecho a la seguridad personal, el derecho a la libertad de circulación y a escoger libremente la residencia, el

---

<sup>172</sup> Documento de trabajo sobre la promoción de la realización del derecho a una vivienda adecuada (E/CN.4/Sub.2/1992/15), § 68; en el mismo sentido puede verse su primer informe (§ 38), y su segundo informe (§ 45). Con carácter más general, pueden mencionarse tanto los Principios de Lindburg para la implementación del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (doc. ONU: E/CN.4/1987/17), las directrices de Maastrich sobre la violación de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (elaboradas por expertos en Derechos humanos), así como la Observación General núm. 3 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1990) sobre el art. 2.1 del PIDESC y, por consiguiente, relativo al alcance de las obligaciones de los Estados parte respecto a los derechos contenidos en el Convenio.

<sup>173</sup> Informe final, de 12 de julio de 1995 (E/CN.4/Sub.2/1995/12, § 59).

derecho de libre asociación, el derecho de libertad de expresión, el derecho a la propiedad, el derecho a permanecer donde se está, el derecho a procurarse, recibir y facilitar información y otros derechos, están íntimamente ligados a la plena realización del derecho a una vivienda adecuada. Disociar estos derechos del derecho a la vivienda, como han tratado de hacer algunos comentaristas conservadores, es socavar los principios de indisociabilidad e interdependencia y olvidarse del hecho de que, en materia de derecho a la vivienda, incumbe a los Estados una serie de obligaciones “negativas” igual a la de los deberes “positivos” que éstos tienen»<sup>174</sup>.

En esta línea se han mantenido los posteriores relatores especiales. El Sr. *MILLOON KOTHARI* se pronunciaba en este sentido en su informe específico sobre desalojos forzosos (2004)<sup>175</sup> así como en su sexto informe (2006), en el que reiteraba la necesidad de «un enfoque que pone de relieve la indivisibilidad de los derechos humanos, sin el cual el derecho a una vivienda adecuada pierde su sentido», exponiendo la evolución de este principio de indivisibilidad:

«inicialmente, ese enfoque suponía centrarse en la relación entre la vivienda adecuada como derecho económico, social y cultural, y los derechos civiles y políticos pertinentes, como el derecho a la información y el derecho a la seguridad del hogar, la labor del relator especial ha demostrado en repetidas ocasiones que los vínculos existentes son mucho más profundos. Para efectuar un análisis a fondo del contenido múltiple del derecho humano a una vivienda adecuada es necesario explorar sus vínculos con otros derechos conexos como el derecho a la tierra, los alimentos, el agua, la salud, el trabajo, la propiedad, la igualdad, la herencia, la seguridad personal y la protección contra los tratos inhumanos y degradantes, sin

---

<sup>174</sup> *Ibidem*, §§ 59 y 60. El segundo relator especial para la vivienda adecuada, Sr. Miloon Kothari, mantuvo la misma postura durante su mandato. En su sexto informe periódico (2006) mantenía, como en sus anteriores informes, que sin el enfoque de la indivisibilidad de los derechos humanos el derecho a una vivienda adecuada pierde su significado (E/CN.4/2006/41, § 9).

<sup>175</sup> Afirmando que «de conformidad con el criterio de la indivisibilidad de los derechos adoptado por el relator especial, en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se establece que “[n]adie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia” y que “[t]oda persona tiene derecho a la protección de la ley contra estas injerencias o esos ataques”. En el párrafo 1 del artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño figura una disposición similar. Además, cabe citar otras referencias similares en la legislación internacional como, por ejemplo, el artículo 21 de la Convención Internacional sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951; el artículo 16 del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales de 1989 (núm. 169) de la OIT; y el artículo 49 del Cuarto Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra 1949)» (doc. ONU: E/CN.4/2004/48, §§ 14 y 15).

perder de vista los principios básicos de la no discriminación y la seguridad de la tenencia»<sup>176</sup>.

En su primer informe dirigido al Consejo de Derechos Humanos (2007)<sup>177</sup>, el relator citado afirmaba que «El derecho a una vivienda adecuada incluye, entre otras cosas, el derecho a la protección contra la injerencia arbitraria o ilegal de su vida privada, familiar, hogar y el derecho a la seguridad jurídica en la tenencia» (§ 13). En el mismo sentido, la relatora especial para la vivienda adecuada, Sra. *RAQUEL ROLNIK*, en su comunicación dirigida a la Asamblea General al inicio de su mandato (2008)<sup>178</sup> insistió también en esta interrelación especificando entre los derechos (y principios) vinculados a la vivienda adecuada:

«la prohibición de la discriminación, el derecho a un juicio justo y a las debidas garantías procesales, el derecho a la vida privada y familiar, la protección del derecho de propiedad, el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho a la alimentación, el derecho a la salud y el derecho al agua»<sup>179</sup>.

La relatora afirma que la tutela del derecho a la vivienda se ve reforzada por la interrelación que guarda con otros derechos humanos:

«la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos supone la existencia de estrechas relaciones entre diferentes derechos, independientemente de la categoría a que hayan sido asignados. Así pues, los derechos humanos tienen

---

<sup>176</sup> Doc. ONU: E/CN.4/2006/41, § 9.

<sup>177</sup> Según el informe «Desde un principio, el relator especial ha defendido en sus informes y actividades una amplia interpretación del derecho a una vivienda adecuada. El relator especial ha adoptado siempre un enfoque que destaca la indivisibilidad de los derechos humanos, sin lo cual el derecho a una vivienda adecuada perdería su sentido. En todo su trabajo, el relator especial ha demostrado que las interrelaciones que existen entre el derecho a una vivienda adecuada y otros derechos humanos afines, como el derecho a la alimentación, el agua, la salud, el trabajo, la tierra, los medios de vida, la propiedad y la seguridad de la persona, así como a la protección contra el trato inhumano y degradante, la no discriminación y la igualdad de géneros, son la base de la realización del derecho a una vivienda adecuada» (doc. ONU: A/HRC/7/16, § 4).

<sup>178</sup> Afirma la relatora especial para la vivienda que «hay estrechas interrelaciones entre el derecho a una vivienda adecuada y otros derechos humanos afines, como los derechos a la alimentación, el agua, la salud, el trabajo, la tierra, los medios de vida, la propiedad y la seguridad de la persona, así como a la protección contra el trato inhumano y degradante, la no discriminación y la igualdad entre los géneros. También considera que la adopción de nuevas medidas para fortalecer estos derechos en los sistemas normativos y judiciales nacionales es un objetivo importante» (doc. ONU: A/63/275, §§ 25 y 54)

<sup>179</sup> Doc. ONU: A/63/275, §54.

conexiones tan estrechas que ciertos aspectos de algunos derechos pueden ser el medio para la protección judicial de otros»<sup>180</sup>.

Esta interrelación explica que la prohibición de desalojos forzosos y la garantía de seguridad en la tenencia, íntimamente vinculadas al derecho a la vivienda (como garantías o facultades imprescindibles para su conservación) sean al propio tiempo componentes de otros derechos fundamentales.

Por último, el derecho a la vivienda también se vincula con aquellos derechos cuya función es proteger a personas o colectivos específicamente vulnerables o víctimas frecuentes de discriminación. En este sentido, por ejemplo, en su informe dedicado a los desalojos forzosos (2004), el relator especial (Sr. Miloon Kothari) afirmaba :

«el derecho a la vivienda de los niños es parte integrante de la realización de otros derechos que garantizan su supervivencia, desarrollo, protección y participación. El derecho a la salud, a la educación, a la participación en la sociedad, al desarrollo físico e intelectual, a la seguridad —e incluso el derecho a la vida— están estrechamente relacionados con la calidad de la vivienda y del medio en que habitan»<sup>181</sup>.

La relatora especial para la vivienda adecuada (Sra. Raquel Rotnik) ha dedicado su quinto informe al Consejo de Derechos Humanos (2012) a las mujeres y su derecho a una vivienda adecuada<sup>182</sup>.

---

<sup>180</sup> Doc. ONU: A/63/275, § 52.

<sup>181</sup> En su informe dedicado a los desalojos forzosos (E/CN.4/2004/48) el relator especial Miloon Kothari identificaba entre estos sujetos las mujeres (§§ 41 a 57), los niños (§§ 58 a 61); las minorías y otros grupos vulnerables (§§ 64 y 65).

<sup>182</sup> La relatora dedica expresamente a los desalojos forzosos los apartados 34 a 37: «Con el fin de garantizar el derecho de la mujer a la seguridad de la tenencia, es fundamental que los Estados se abstengan de la práctica de los desalojos forzosos y protejan a la mujer contra esos desalojos llevados a cabo por partes privadas o por terceros. En particular, el derecho independiente de la mujer a la seguridad de la tenencia se debe reconocer expresamente en las leyes, las políticas y los programas de vivienda, con independencia de la situación familiar o de relación de la mujer, protegiendo así a las mujeres contra los desalojos forzosos, incluso los llevados a cabo por la comunidad o incluso por miembros de su familia» (§ 34); «Cuando los desalojos se ajustan a las normas internacionales sobre derechos humanos, en ningún momento se deben tolerar actos de violencia y hostigamiento contra las mujeres. Como se expresa en los Principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento originados por el desarrollo, los Estados deben garantizar “que las mujeres no sean objeto de violencia ni discriminación de género durante los desalojos”» (§ 35); «Por otra parte, con el fin de defender el derecho de la mujer a la seguridad y la tenencia en el contexto de la violencia doméstica, es menester que las mujeres víctimas de la violencia doméstica también puedan gozar del

5.º La prohibición de desalojos forzosos es un componente del derecho a la vivienda adecuada y de los demás derechos humanos relativos a la vivienda.

Los desalojos forzosos fueron definidos en la primera resolución que se ocupó de ellos, la resolución 1991/12 de la Subcomisión de Derechos Humanos (1991), como «el desalojo involuntario de personas, familias y grupos de sus casas y comunidades, resultando en la destrucción de las vidas e identidades de personas en todo el mundo, así como en el incremento de las personas sin hogar». La Observación General núm. 7 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales sobre desalojos forzosos (1997) los define como «el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos»<sup>183</sup>. Los *Principios y Directrices sobre desalojos y desplazamientos generados por el desarrollo*, contenidos en el primer informe del relator especial para la vivienda adecuada, Sr. MILOON KOTHARI, al Consejo de Derechos Humanos (2007) considera desalojos forzosos «acciones u omisiones relacionadas con desplazamientos coaccionados o involuntarios de personas, grupos y comunidades, de sus hogares y/o tierras y los recursos comunes de propiedad que estaban ocupados o de los que éstos dependían, eliminando o limitando con ello la capacidad de una persona, un grupo o una comunidad de residir o trabajar en una vivienda, residencia o lugar particular sin que se haya suministrado o facilitado acceso a formas adecuadas de protección jurídica o de otro tipo»<sup>184</sup>.

---

derecho a la seguridad de la tenencia, de modo tal que estén autorizadas a residir en sus propios hogares (con independencia de la titularidad o de la propiedad formal) y que los perpetradores de la violencia sean expulsados» (§ 36), «La legislación, las políticas y los programas de vivienda deben también garantizar que la mujer disponga de los conocimientos y los recursos jurídicos necesarios para reclamar eficazmente y ejercer sus derechos en el contexto de los desalojos. Las mujeres deben tener “derecho a la información correspondiente, consultas completas y plena participación durante todo el proceso [de desalojo], así como de proponer alternativas que las autoridades han de examinar debidamente” y, en los casos de desalojo “[l]as mujeres y los hombres deben ser cobeneficiarios de todas las medidas de indemnización. Las mujeres solteras y las viudas deben tener derecho a su propia indemnización” [las citas son de ONU-Hábitat, *Forced Evictions: Global Crisis, Global Solutions* (2011) págs. 103 y 108]» (§ 37).

<sup>183</sup> Doc. ONU: E/1998/22 y E/C.12/1997/10, anexo IV, § 4.

<sup>184</sup> Doc. ONU: A/HRC/4/18/Anexo I, § 4.



Los desalojos forzosos constituyen una vulneración de los derechos humanos. La resolución 1991/12 de la Subcomisión de Derechos Humanos, primera recaída sobre desalojos forzosos (1991), afirmaba que «la práctica de los desalojos forzosos constituye una grave violación de los derechos humanos» (1.b); idea reafirmada por la resolución 1993/77, la primera sobre desalojos de la Comisión de Derechos Humanos (1993).

La prohibición de desalojos forzosos es considerada un componente del «derecho a la seguridad en la tenencia» (o «seguridad de tenencia» —*secure tenure*—). Así lo recogió el relator especial para la vivienda adecuada (*Sr. Sachar*) desde su primer informe (1993):

«La tenencia adopta una variedad de formas, como el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad. Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desalojo, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados»<sup>185</sup>.

En la Observación General núm. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1991)<sup>186</sup> se enumeran siete componentes del Derecho a la vivienda, siendo uno de ellos la denominada seguridad en la tenencia que comprende, a su vez, como un componente, la protección frente a los desalojos forzosos (§ 8). En los «Principios básicos y directrices sobre desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo» (2007) se establece que «los desalojos forzosos constituyen un fenómeno diferenciado en virtud del derecho internacional y con frecuencia están vinculados a la falta de una tenencia jurídicamente segura, lo cual constituye un elemento esencial del derecho a una vivienda adecuada» (§ 5).

La prohibición de desalojos forzosos (y la protección de la seguridad en la tenencia

<sup>185</sup> Doc. ONU: E/CN.4/Sub.2/1993/15, § 85.

<sup>186</sup> Doc. ONU: E/1992/23, anexo III, de 13 de diciembre de 1991

en que se integra) al tiempo que es una garantía del derecho a la vivienda lo es, simultáneamente, de otros derechos civiles y políticos, como el derecho a la vida privada o a la inviolabilidad del domicilio (reconocidos en el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos)<sup>187</sup>. El *Informe analítico sobre desalojos forzosos* del Secretario General presentado en 1994 a la Comisión de Derechos Humanos pone de relieve la relación existente entre esta garantía (prohibición de desalojos forzosos) y los derechos a la vivienda y a un adecuado nivel de vida, a la libertad y la seguridad, a la salud, a la vida familiar, y otros (§§ 62 a 71). Se destaca en particular su relación con el derecho a la vida privada y familiar lo cual es relevante por la consagración de este derecho en el PIDESC (§ 75). En este sentido, la resolución de la Subcomisión 1995/29, de 23 de octubre<sup>188</sup> enumera entre los derechos humanos que resultan afectados por los desalojos forzosos (además del derecho a la vivienda adecuada): el derecho a permanecer en su propia casa, el derecho a la libertad de movimiento, el derecho a la intimidad, el derecho a la seguridad del hogar y el derecho a la seguridad de la tenencia. La resolución de la Subcomisión 1998/9, de 20 de agosto<sup>189</sup> añade los derechos a la propiedad, a un nivel de vida adecuado, a la seguridad de la persona, a la seguridad de la tenencia y el derecho a la igualdad de trato. En el informe del relator especial MILOON KOTHARI dedicado a los desalojos forzosos (2004) se pone de relieve la relevancia de los desalojos forzosos en la vida privada y familiar<sup>190</sup>. En los «Principios y directrices sobre desalojos y desplazamientos generados por desarrollo» (2007) presentados en el primer informe del relator especial para la vivienda adecuada MILOON KOTHARI<sup>191</sup> se señala que «La obligación de los Estados de abstenerse de los desalojos forzosos y de proteger contra los desalojos de los hogares y de la tierra se deriva de varios instrumentos jurídicos internacionales que protegen el derecho humano a una vivienda adecuada y otros derechos humanos conexos» (§ 1).

---

<sup>187</sup> Numerosos documentos sobre derechos humanos resaltan esta interrelación: informe analítico del Secretario General sobre los desalojos forzosos (1994) § 75 y 145.

<sup>188</sup> Doc. ONU: E/CN.4/Sub.2/RES/1995/29

<sup>189</sup> Doc. ONU: E/CN.4/Sub.2/RES/1998/9

<sup>190</sup> Doc. ONU: E/CN.4/2004/48, § 14.

<sup>191</sup> Doc. ONU: A/HRC/4/18/Anexo I.

Es, pues, constante la afirmación de que los desalojos forzosos «constituyen la violación de una amplia gama de derechos humanos»<sup>192</sup>. Esta garantía, compartida entre varios derechos de distinta naturaleza, es una muestra evidente del principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos<sup>193</sup>.

La Observación General núm. 7 (1997) del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales establece en su párrafo 4.º:

«La práctica de los desalojos forzosos está muy difundida y afecta a las personas tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo. Dadas la interrelación y la interdependencia que existen entre todos los derechos humanos, los desalojos forzosos violan frecuentemente otros derechos humanos. Así pues, además de infringir claramente los derechos consagrados en el Pacto [PIDESC], la práctica de los desalojos forzosos también puede dar lugar a violaciones de derechos civiles y políticos, tales como el derecho a la vida, el derecho a la seguridad personal, el derecho a la no injerencia en la vida privada, la familia y el hogar, y el derecho a disfrutar en paz de los bienes propios» (§ 4)

Dicha Observación General lo relaciona más específicamente con el derecho a la inviolabilidad del domicilio:

---

<sup>192</sup> En tal sentido, puede verse el informe del Sr. Miloon Kothari al Consejo de Derechos Humanos (2007), párrafo 17 (doc ONU: A/HRC/7/16, § 17); o la resolución sobre Desalojos forzosos de la Subcomisión de Derechos Humanos (1995).

<sup>193</sup> En este sentido, el Informe núm. 25 del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos reconoce que «se está formando un consenso mundial que reconoce la ilegalidad esencial de los desalojos forzosos con arreglo a las normas internacionales de derechos humanos y que considera esa práctica como una clara violación de una amplia gama de derechos humanos fundamentales. [...] El derecho a una vivienda adecuada, ampliamente reconocido en la legislación internacional de derechos humanos, incluye el derecho a la protección contra los desalojos forzosos. [...] Aunque el derecho a una vivienda adecuada es tal vez el derecho humano contra el que más evidentemente atentan los desalojos forzosos, también resultan afectados algunos otros derechos. Cuando hay desalojos forzosos se violan los derechos a la libertad de circulación y a elegir su propio lugar de residencia, reconocidos en muchas normas internacionales y constituciones nacionales. El derecho a la seguridad personal, también ampliamente reconocido, significa poco en la práctica cuando se desaloja por la fuerza a las personas de sus viviendas con violencia, excavadoras e intimidación. Cuando los niños no pueden asistir a la escuela debido a un desalojo forzoso, se sacrifica el derecho a la educación. Cuando las personas pierden su empleo, se atenta contra el derecho al trabajo. Cuando la amenaza constante de desalojo perjudica la salud psíquica y física, se compromete el derecho a la salud. Cuando se separa violentamente a las familias y a las comunidades mediante el desalojo, se viola el derecho a la vida familiar. Cuando las brigadas de desalojo se presentan sin ser invitadas a allanar los hogares, se violan los derechos a la vida privada y a la seguridad del hogar. Asimismo, en los casos de desalojo forzoso pueden no respetarse nuevos derechos humanos como el derecho a permanecer en su hogar o tierra y el derecho a regresar a su hogar».

«Cuando se considere que el desalojo está justificado, debería llevarse a cabo con estricto cumplimiento de las disposiciones pertinentes de las normas internacionales de derechos humanos y respetando los principios generales de la razón y la proporcionalidad. A este respecto, cabe recordar en particular la Observación General núm. 16 del Comité de Derechos Humanos, relativa al artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que la injerencia en el domicilio de una persona sólo puede tener lugar “en los casos previstos por la ley”. El Comité observó que en tales casos la ley debía “conformarse a las disposiciones, propósitos y objetivos del Pacto”. El Comité señaló también que “en la legislación pertinente se deben especificar con detalle las circunstancias precisas en que podrán autorizarse esas injerencias”» (Observación General núm. 7, § 14).

La razón de tal interdependencia es evidente en el caso del derecho a la vivienda; la vivienda, como protección del individuo frente al entorno es la base material para la protección de otros bienes jurídicos esenciales; su privación absoluta mediante desalojos forzosos ocasiona, pues, lesión a todos los derechos que amparaba. El primer informe dirigido al Consejo de Derechos Humanos (2009) por la relatora especial de las Naciones Unidas para la vivienda adecuada, Sra. *RAQUEL ROLNIK*, afirma en este sentido:

«es importante comprender los efectos de un embargo, o desalojo, para una familia. Coloca a las personas en situaciones más difíciles y les obliga a vivir en condiciones inadecuadas y repercute en su capacidad para hacer frente a nuevas penurias, en particular cuando se quedan sin hogar. Es mucho más difícil mantener el empleo cuando se tiene dificultad para utilizar agua corriente y servicios básicos y de saneamiento. Hace falta un gran esfuerzo para protegerse de las inclemencias del tiempo y hacer frente a demandas administrativas, reubicar las pertenencias y mantener una dirección postal donde se les pueda localizar. En algunos casos, al no tener una dirección permanente quedan excluidos de determinados tipos de ayuda o se les niegan determinados derechos civiles y políticos, como el derecho al voto»<sup>194</sup>.

Los desalojos forzosos vulneran también los derechos humanos que amparan a personas y colectivos vulnerables. En este sentido, la Observación General núm. 7 afirma que las mujeres son particularmente vulnerables a causa de la discriminación

---

<sup>194</sup> Doc. ONU: A/HRC/10/7, de 4 de febrero de 2009, § 69. Sobre las repercusiones de los desalojos en los bienes jurídicos básicos se manifiestan prácticamente todos los informes sobre la materia: vid. Informe analítico del Secretario General (1994), cit., §§ 62 a 72.

jurídica y otras formas de discriminación que suelen darse en materia de derecho de propiedad (incluida la propiedad de la vivienda) o en el derecho de acceso a la propiedad o a la vivienda, así como por su particular vulnerabilidad a los actos de violencia y abuso sexual, especialmente cuando se quedan sin hogar. El relator especial para la vivienda adecuada, Sr. Miloon Kothari, en su informe dedicado a los desalojos forzosos (2004) se pronuncia en el mismo sentido:

«Como ocurre en muchas situaciones de estrés, también en los desalojos forzosos se agrava la vulnerabilidad socioeconómica de algunos grupos. Entre ellos cabe destacar los muy jóvenes; los ancianos y enfermos; los discapacitados físicos y mentales; los miembros de grupos minoritarios, religiosos, étnicos, basados en la ascendencia, minorías sexuales, refugiados; las mujeres solteras; las mujeres con enfermedades terminales, etc. La discriminación generalizada que sufren aumenta su exclusión y la injusticia. Esos grupos deben recibir atención especial y específica» (§ 49)

Aludiendo, en particular, a los efectos de los desalojos sobre mujeres y niños:

«Las disparidades de género que existen en la sociedad y en la familia tienden a verse agravadas en los desalojos forzosos y los desplazamientos involuntarios así como en las situaciones de deterioro social y económico que provocan» (§ 44); «durante los desalojos forzosos se destruyen las posesiones de las personas y se pone en peligro la estabilidad de la familia y los medios de vida y la escolarización [...] En este contexto, es de importancia fundamental la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño, en particular el derecho a la seguridad y el hogar de toda persona» (§ 61).

También se refiere en su informe a los «desalojos forzosos de otros grupos vulnerables, como los refugiados, los emigrantes y las minorías nacionales y étnicas que viven, a veces durante largos períodos de tiempo, en iglesias, escuelas [...] y en otros edificios privados o públicos deshabitados» (§ 65).

En su último informe (2008), dirigido al Consejo de Derechos Humanos, haciendo sumario de su trabajo de ocho años afirmaba:

«el relator especial ha identificado una serie de grupos que requieren atención y protección especial con respecto al derecho a una vivienda adecuada. Entre estos grupos figuran, en particular, los siguientes: las personas con discapacidades y/o

problemas de salud (incluidas las personas con necesidades complejas, como las afectadas por el VIH/SIDA o con discapacidades psicosociales y las personas con enfermedades críticas); los refugiados y los solicitantes de asilo; los reclusos y las personas excarceladas; las víctimas de abusos y violencia doméstica; y los huérfanos» (§ 49) reclamando atención específica para las necesidades también específicas de estos grupos (§ 50).

La referencia a colectivos vulnerables puede encontrarse también en el primer informe de la relatora especial para la vivienda adecuada, Sra. Raquel Rotnik, dirigido al Consejo de Derechos Humanos (febrero de 2009), según el cual:

«los efectos del desalojo y de la falta de vivienda pueden ser devastadores en particular para las mujeres y los niños, como lo es la realidad de tener que vivir en el temor constante al desalojo. La falta de vivienda tiene repercusiones particularmente negativas para esos grupos. La discriminación contra la mujer puede recrudecerse cuando se ve forzada al desalojo y a no tener donde vivir [...] En los desalojos, a menudo se destruyen las pertenencias, la estabilidad de la familia está en peligro y tanto los medios de subsistencia como la escolarización están amenazados. [...] También están las dificultades de restablecer una vida normal y adaptarse a las frecuentes rupturas de las relaciones familiares como consecuencia del estrés y los problemas económicos que se derivan de la falta de vivienda. Además del trauma físico y psicológico que causan el desalojo y la falta de vivienda, las familias, especialmente las mujeres y los niños, pierden sus sistemas de apoyo a los que estaban acostumbrados y sus relaciones con una comunidad. La ruptura de estos vínculos sociales y la pérdida de estabilidad traen consigo muchos problemas de otra índole»<sup>195</sup>.

Esta relatora también se ha ocupado monográficamente del derecho a la vivienda de los emigrantes, destacando en su tercer informe ante la Asamblea general (2010) que «son especialmente vulnerables a las violaciones de los derechos humanos, de los cuales uno de los más frágiles es el derecho a la vivienda» (§ 9), y que «La violencia y los desalojos forzados de migrantes son también importantes motivos de preocupación. Los migrantes que habitan asentamientos improvisados suelen ser víctimas de desalojos forzados en el marco de proyectos de renovación urbanística» (§ 46).

Como hemos señalado, su último informe dirigido al Consejo (2012), dedicado

---

<sup>195</sup>*Ibidem*, §§ 70 a 73.

monográficamente al derecho a la vivienda en relación a la mujer, como colectivo especialmente susceptible de discriminación y vulnerable frente a los desalojos, se ocupa específicamente de los desalojos forzosos cuyas víctimas son mujeres en los apartados 34 a 37<sup>196</sup>.

6.º Aunque los desalojos forzosos pueden ser imputados a muy diversos actores, desde el punto de vista de los derechos humanos la responsabilidad de su vulneración se debe imputar en último término a los Estados.

Los desalojos pueden ser obra directa de la actuación de poderes públicos en cuyo caso pueden incurrir en un incumplimiento del deber de respetar el derecho a la vivienda (o los «derechos relativos a la vivienda») que les incumbe<sup>197</sup>. Frente a los desalojos realizados por agentes privados, los poderes públicos asumen un deber de protección, debiendo garantizar su ejercicio frente a actuaciones ilícitas de éstos (deber de protección)<sup>198</sup>. El deber de los Estados incluye, en este sentido, deberes de actividad y de resultado<sup>199</sup>. La resolución 1993/77 de la Comisión de Derechos

---

<sup>196</sup> Vid. ?

<sup>197</sup> «los desalojos forzosos pueden ser llevados a cabo, sancionados, demandados, propuestos, iniciados o tolerados por diferentes actores, incluyendo, pero no limitándose a ellos, autoridades de ocupación, gobiernos nacionales, gobiernos locales, desarrolladores, planificadores, propietarios, especuladores urbanísticos e instituciones internacionales y agencias de ayuda» (Resolución de la Subcomisión de Derechos Humanos 1991/12).

<sup>198</sup> Según los Principios de Lindburg sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales «Al igual que los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales imponen sobre los Estados tres tipos de obligaciones distintas: las obligaciones de respetar, proteger y procurar. El incumplimiento de cualquiera de estas tres obligaciones constituye una violación a dichos derechos. La obligación de respetar requiere que el Estado se abstenga de obstaculizar el goce de los derechos económicos, sociales y culturales. Así, el derecho a la vivienda se infringe si el Estado lleva a cabo expulsiones forzosas arbitrarias. La obligación de proteger exige al Estado prevenir violaciones a estos derechos por parte de terceros. Así, el no asegurar que los empleadores privados cumplan las normas básicas de trabajo podría constituir una violación al derecho a trabajar o a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias. La obligación de procurar requiere que el Estado adopte las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, legales y de otra índole adecuadas para lograr la plena efectividad de dichos derechos. Así, podría constituirse una violación si el Estado no proporciona la atención primaria de salud esencial a las personas que lo necesiten» (§ 6).

<sup>199</sup> En su párrafo 7 los Principios de Limburgo afirman que «Las obligaciones de respetar, proteger y procurar incluyen elementos de obligación de conducta y de obligación de resultado. La obligación de conducta exige acciones racionalmente concebidas con el propósito de asegurar el ejercicio de un derecho específico. Por ejemplo, en el caso del derecho a la salud, la obligación de conducta podría implicar la aprobación y ejecución de un plan de acción destinado a reducir el índice de mortalidad materna. La obligación de resultado requiere que los Estados cumplan objetivos

Humanos insta a los gobiernos «a que adopten a todos los niveles medidas inmediatas destinadas a eliminar la práctica de los desalojamientos [sic.] forzosos», así como:

«a que concedan una seguridad jurídica de tenencia [sic.] a todas las personas que están actualmente amenazadas de desalojamiento forzoso y a que adopten todas las medidas necesarias para proporcionar una protección completa contra los desalojamientos forzosos, sobre la base de la efectiva participación, consulta y negociación de las personas o los grupos afectados» y recomienda que «proporcionen de modo inmediato indemnización, compensación y/o vivienda o terrenos sustitutivos adecuados y suficientes, de conformidad con sus deseos y necesidades, a las personas y comunidades que hayan sido desalojadas forzosamente, sobre la base de negociaciones mutuamente satisfactorias con las personas o grupos afectados».

En el párrafo 9 de la Observación General núm. 7 (1997) se subraya que los Estados Partes tienen la obligación de utilizar todos los medios apropiados para defender la totalidad de los derechos reconocidos en el Pacto y que «una legislación contra los desalojos forzosos es una base esencial para crear un sistema de protección eficaz». En esta resolución el Comité afirma que «debería prohibirse estrictamente en todos los casos que los Estados dejaran sin hogar de forma intencionada a una persona, familia o comunidad a raíz de un desalojo, ya sea forzoso o legal».

En los «Principios y directrices sobre desalojos y desplazamientos generados por desarrollo» presentados en el primer informe dirigido al Consejo de Derechos Humanos por el relator especial para la vivienda adecuada, Sr. Miloon Kothali, en 2007<sup>200</sup> se afirma:

«aunque numerosos agentes diferentes pueden llevar a cabo, sancionar, exigir, proponer, iniciar, condonar o aquiescer a los desalojos forzosos, corresponde a los Estados la obligación principal de aplicar los derechos humanos y las normas humanitarias, para asegurar el respeto por todos los derechos

---

concretos que satisfagan un norma sustantiva precisa. Por ejemplo, con respecto al derecho a la salud, la obligación de resultado exige que se reduzca la tasa de mortalidad materna a los niveles acordados en la Conferencia Internacional de El Cairo sobre la Población y el Desarrollo de 1994 y la Cuarta Conferencia Mundial de Beijing sobre la Mujer de 1995»

<sup>200</sup> Doc. ONU: A/HRC/4/18/Anexo I.



consagrados en los tratados vinculantes y los principios generales del derecho público internacional» (§ 11).

7.º La implementación de la prohibición de desalojos forzosos, esto es, la protección frente a ellos, no depende directamente de los recursos económicos del Estado y, por consiguiente, es uno de los aspectos del derecho a la vivienda exigible modo inmediato a los Estados.

La Observación General núm. 4 (1991), señala al respecto:

«muchos componentes del derecho a la vivienda no están relacionados con la disponibilidad de recursos jurídicos internos. Dependiendo de los sistemas legales, tales áreas pueden incluir [...] (a) apelaciones jurídicas destinadas a evitar desahucios planeados o demoliciones mediante la emisión de mandatos de los tribunales; (b) procedimientos jurídicos que buscan indemnización después de un desahucio ilegal» (§ 17).

Del mismo modo, la resolución sobre desalojos forzosos 1995/29, de 23 de octubre de la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos<sup>201</sup> establece entre los deberes de los Estados relativos a la protección frente a desalojos forzosos el de «tomar con la mayor brevedad medidas, a todos los niveles para eliminar rápidamente dicha práctica, mediante, entre otras cosas, la renuncia inmediata a los planes vigentes que impliquen desalojos forzosos, la revocación de las disposiciones legislativas que permitan esas prácticas y la garantía del derecho a la seguridad de tenencia a todos los ciudadanos y demás residentes en el país» así como «que concedan a todas las personas, sobre todo a las que estén amenazadas en la actualidad de desalojamiento forzoso, una garantía jurídica de tenencia y a que adopten las medidas necesarias para proporcionarles una protección completa contra los desalojamientos forzosos, sobre la base de la participación de las personas o los grupos afectados, y de consultas y negociaciones efectivas con ellos».

---

<sup>201</sup> Doc. ONU: E/CN.4/Sub.2/RES/1995/29

En el mismo sentido, en su tercer informe (1995), el relator especial, Sr. MILOON KOTHALI, consideraba «inherentemente justiciable, la protección contra los desalojos o demoliciones arbitrarios, irrazonables, punitivos o contrarios a la ley».

En cuanto al deber de abstención del Estado, el relator especial para la vivienda adecuada, Sr. *RAJINDAR SACHAR*, señaló, desde su primer informe (1993), que «los Estados deberán abstenerse de llevar a cabo o propugnar desalojos forzosos o arbitrarios de personas y grupos, u otras medidas que den lugar al desalojo de personas y comunidades»<sup>202</sup>.

En el informe recién citado y respecto a las obligaciones positivas o de actividad a cargo del estado en relación con los desalojos (que puede encuadrarse entre sus obligaciones de policía u orden público) se afirmaba que éstas consisten en

«garantizar que se impida toda posible violación de este derecho por terceros, como intereses económicos más poderosos, propietarios, empresas urbanizadoras, vecinos y otros, que restrinja la libertad de acción y el acceso a los recursos, así como la utilización de éstos. Cuando ocurran tales violaciones, las autoridades públicas deberán tratar de oponerse a ellas y, en caso necesario, garantizar el acceso a los recursos legales para obtener reparación por cualquier violación cometida e impedir futuros agravios»<sup>203</sup>.

Con igual amplitud por lo que respecta a los deberes de omisión por parte del Estado la Observación General núm. 7 sobre desalojos forzosos (1997) afirmaba:

«[...] dada la naturaleza de la práctica de los desalojos forzosos, la referencia en el párrafo 1 del artículo 2 al logro progresivo de tales derechos basándose en los recursos disponibles rara vez será pertinente. El propio Estado deberá abstenerse de llevar a cabo desalojos forzosos y garantizar que se aplique la ley a sus agentes o a terceros que efectúen desalojos forzosos (tal como se definen en el párrafo 3

---

<sup>202</sup> Primer Informe periódico, 1993, § 67.

<sup>203</sup> *Ibidem*, § 69. Añade que «a fin de proteger el derecho a la vivienda de los ciudadanos contra ciertos actos, como los desalojamientos forzosos, los gobiernos deberán adoptar medidas inmediatas para garantizar la seguridad de la ocupación a las personas y familias que actualmente carezcan de esa protección. Asimismo, deberán adoptarse medidas efectivas para proteger a los residentes contra la discriminación, hostigamiento, privación de servicios u otras amenazas» (§ 70).

supra). Este planteamiento se ve reforzado, además, por lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que complementa el derecho a no ser desalojado forzosamente sin una protección adecuada. En esa disposición se reconoce, entre otras cosas, el derecho a la protección contra “injerencias arbitrarias o ilegales” en el domicilio propio. Es de señalar que la obligación del Estado de garantizar el respeto de ese derecho no está condicionada por consideraciones relativas a los recursos de que disponga» (§ 8)<sup>204</sup>.

Y, por lo que respecta a los deberes de actividad y, en particular, la adopción de medidas legislativas, afirma:

«[...] es indudable que una legislación contra los desalojos forzosos es una base esencial para crear un sistema de protección eficaz. Esa legislación debería comprender medidas que a) brinden la máxima seguridad de tenencia posible a los ocupantes de viviendas y tierras, b) se ajusten al Pacto y c) regulen estrictamente las circunstancias en que se puedan llevar a cabo los desalojos. La legislación debe aplicarse, además, a todos los agentes que actúan bajo la autoridad del Estado o que responden ante él. Además, habida cuenta de la creciente tendencia que se da en algunos Estados a que el gobierno reduzca grandemente su responsabilidad en el sector de la vivienda, los Estados Partes deben velar por que las medidas legislativas y de otro tipo sean adecuadas para prevenir y, llegado el caso, castigar los desalojos forzosos que lleven a cabo, sin las debidas salvaguardias, particulares o entidades privadas. Por tanto, los Estados Partes deberían revisar la legislación y las políticas vigentes para que sean compatibles con las exigencias del derecho a una vivienda adecuada y derogar o enmendar toda ley o política que no sea conforme a las disposiciones del Pacto» (§ 9).

8.º Aunque la regulación de los desalojos forzosos se ha desarrollado, de modo preferente en relación a desalojos masivos relacionados con grandes proyectos públicos, algunos vinculados a la ayuda al desarrollo, y, por tanto, desalojos

---

<sup>204</sup> En el debate en el seno del CDESC previo a la adopción de la Observación General núm. 7 sobre «desalojos forzosos» se afirmó (Sr. Alston) que «la finalidad del párrafo 7 [el 8 en versión definitiva] es refutar la opinión común de que la defensa de los derechos civiles y políticos no cuesta nada, mientras que el ejercicio efectivo de los derechos económicos y sociales entraña grandes gastos. De hecho, en el caso del derecho a una vivienda adecuada, lo único que tienen que hacer los Estados es asegurar que terceros cumplan con la ley y se abstengan de determinadas prácticas. A menudo, resulta más caro violar el derecho a una vivienda adecuada, por ejemplo, desalojando a familias para ejecutar los llamados proyectos de prestigio, que defenderlo» (3.ª sesión).

realizados por vía administrativa o vía de hecho y frente a ocupantes sin título jurídico<sup>205</sup>, también es aplicable a desalojos singulares y de naturaleza judicial<sup>206</sup>. El Secretario General de las Naciones Unidas en su informe analítico sobre desalojos forzosos (1994), (realizado por encargo de la Comisión de Derechos Humanos) destacaba que los desalojos forzosos no son siempre desalojos masivos<sup>207</sup>. En el mismo sentido se pronuncia el documento informativo núm. 25 del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (1997), según el cual:

«los desalojos forzosos pueden afectar tanto a particulares como a grupos de personas. Pueden ocurrir en gran escala o en pequeña escala. El punto de partida para el examen de esta práctica desde el punto de vista de los derechos humanos debe ser las repercusiones directas de los desalojos forzosos para los derechos humanos de las personas y grupos afectados. Aunque la práctica puede constituir en sí una violación de los derechos humanos, pueden comprometerse seriamente muchos otros derechos humanos durante los desalojos».

La Observación General núm. 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1997) al exponer las diversas modalidades de desalojos forzosos en función de su causa consideraba desalojos por causas de naturaleza colectiva y propias de países del Tercer Mundo: los derivados de «conflictos armados internacionales, las disensiones internas y la violencia comunitaria o étnica» (§ 6)<sup>208</sup> —incluyendo los desalojos «como medida punitiva» (§ 12)<sup>209</sup>—; los derivados de «proyectos de desarrollo e infraestructura como, por ejemplo, la construcción de

---

<sup>205</sup> El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas declaró por primera vez que un Estado había vulnerado el derecho a la vivienda reconocido en el art. 11.1 del PIDESC el 11 de diciembre de 1990 en relación con la expulsión masiva, en el curso de cinco años, de 15.000 familias, basándose en las condiciones en que las familias fueron forzadas a vivir y la forma en que tuvo lugar la expulsión» (Informe del relator especial para la vivienda adecuada, doc. ONU: E/C.12/1990/8, § 249).

<sup>206</sup> Al decir del Grupo Asesor sobre desalojos forzosos (ONU-Hábitat) «la gran mayoría de los desalojos han sido ejecutados en cumplimiento de decisiones judiciales basadas en las legislaciones locales que no reflejan las normas internacionales de derechos humanos»

<sup>207</sup> Doc. ONU: E/CN.4/1994/20, § 12.

<sup>208</sup> En su informe dedicado a los desalojos forzosos (E/CN.4/2004/48) el relator especial Miloon Kothari se ocupaba de ellos en los párrafos 35 y 36.

<sup>209</sup> Objeto también de atención por el informe del relator citado en nota anterior (párrafo 37).

presas u otros proyectos energéticos en gran escala<sup>210</sup>, la adquisición de tierras para programas de renovación urbana, rehabilitación de viviendas o embellecimiento de ciudades, el desbroce de tierras para fines agrícolas, la especulación desenfrenada de terrenos o la celebración de grandes acontecimientos deportivos tales como los Juegos Olímpicos<sup>211</sup>» (§ 7) —incluyendo los «proyectos de desarrollo financiados por instituciones internacionales» (§ 17 y 18)<sup>212</sup>—. Pero, junto a los anteriores, señalaba la existencia de desalojos motivados por causas de carácter singular y propias de cualquier sociedad como el «impago persistente del alquiler o de daños a la propiedad alquilada *sin causa justificada*» (§ 11)<sup>213</sup>. En este último caso, se reconoce expresamente la licitud

---

<sup>210</sup> En relación con los desalojos generados por desarrollo hay que citar *Principios y Directrices sobre desalojos y desplazamientos generados por el desarrollo*, contenidos en el primer informe dirigido al Consejo de Derechos Humanos (séptimo de su mandato) por el relator especial para la vivienda adecuada, Sr. Miloon Kothali (doc. ONU: A/HRC/4/18/Anexo I) con el precedente de un borrador con el mismo título que el relator había presentado adjunto a su sexto informe.

<sup>211</sup> El segundo informe anual al Consejo de Derechos Humanos de la relatora especial para la vivienda adecuada (Sra. Raquel Rolnik), de 18 de diciembre de 2009, estuvo centrado en las repercusiones de los grandes eventos deportivos internacionales (los denominados «megaeventos») en la realización del derecho a una vivienda adecuada, y en especial el legado positivo y negativo que dejan a los anfitriones los Juegos Olímpicos y la Copa Mundial de Fútbol (2010).

<sup>212</sup> Los desalojos generados por el desarrollo son el objeto específico de los *Principios y Directrices sobre desalojos por motivos de desarrollo* presentados por el relator especial al Consejo de Derechos Humanos en 2007 y los definen como «los que con frecuencia se planifican y llevan a cabo con el pretexto de servir al “bien común”, como, por ejemplo, los desalojos vinculados a los proyectos de desarrollo e infraestructuras (en particular, grandes presas, proyectos industriales y energéticos a gran escala, industrias mineras u otras industrias extractivas); medidas de compra de suelo relacionadas con la renovación urbana, la rehabilitación de los tugurios, la renovación de las viviendas, la restauración de las ciudades y otros programas de utilización de la tierra (también para fines agrícolas); litigios sobre bienes, propiedad inmobiliaria o el suelo, especulación descontrolada del suelo; importantes negocios internacionales o actos deportivos; y, aparentemente, fines ambientales. Entre estas actividades figuran también las que cuentan con el apoyo de la asistencia internacional para el desarrollo» (§ 8). En su informe dedicado a los desalojos forzosos (E/CN.4/2004/48) el relator especial Miloon Kothari se ocupaba de ellos (§§ 27 a 33) y los definía, de modo más restrictivo, como «el traslado —en aras de la modernización y la industrialización— de determinados grupos de personas, a menudo pueblos indígenas y marginados, de aquellas regiones geográficas con las que mantienen lazos históricos y culturales» (§ 27). En cambio, más recientemente, parece pretenderse la aplicación de los Principios y Directrices citados a supuestos de desalojo por morosidad en el pago (vid. Informe del relator especial de su misión a España).

<sup>213</sup> La relatora especial para la vivienda adecuada Sra. Raquel Rolnik en su primer informe dirigido a la Asamblea General (2008) estableció como objeto específico de su labor la relación entre megaeventos y políticas de vivienda que aun cuando «pueden ser una oportunidad para desarrollar ciudades e infraestructura» y encierran por ello «el potencial de afianzar el derecho a una vivienda adecuada» pueden traer, sin embargo, aparejadas violaciones de los derechos humanos y afirma que «en el pasado, ha habido muchas denuncias de desalojos forzosos de miles de personas de sus hogares para la construcción de proyectos de infraestructura o el embellecimiento urbano, operaciones amplias contra las personas sin techo, el aumento de los precios de la vivienda y de los alquileres, el desplazamiento de habitantes pobres por habitantes de ingresos elevados y otras medidas semejantes»

del desalojo (al menos de su causa) pero advirtiéndolo que «las autoridades competentes deberán garantizar que los desalojos se lleven a cabo de manera permitida por una legislación compatible con el Pacto y que las personas afectadas dispongan de todos los recursos jurídicos apropiados» (§ 11).

9.º Aunque los «desalojos forzosos» son, prima facie, incompatibles con los derechos humanos, existen desalojos que a pesar de ser, en sentido literal, «forzados» (no voluntarios), son compatibles con los derechos humanos (no son «desalojos forzados» a efectos de la prohibición derivada de los derechos humanos relativos a la vivienda); para ello se requiere no sólo que los desalojos sean conformes a la ley nacional (desalojos legales) sino que desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos estén justificados materialmente y el proceso de desalojo reúna determinadas características.

La denominación «desalojos forzados» alude, en principio, sólo a aquellos desalojos considerados ilícitos según el derecho internacional de los derechos humanos (por ejemplo, este es el uso que se hace del término cada vez que se afirma, sin más precisiones, que «los desalojos forzados están prohibidos»<sup>214</sup>). Sin embargo, también hay casos en que la expresión se usa en un sentido meramente descriptivo para aludir a cualesquiera desalojos practicados empleando la fuerza, por lo que, en este sentido más genérico, existen «desalojos forzados» que son lícitos desde la perspectiva del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Se definen estos últimos como aquellos desalojos que no son «contrarios a la ley teniendo los derechos humanos en consideración»<sup>215</sup>. El carácter ambiguo de la expresión ha sido destacado por la propia *Observación General núm. 7* (1997):

«el empleo de la expresión “desalojos forzados” es en cierto modo problemático. Esta expresión pretende transmitir el sentido de arbitrariedad e

---

(doc. ONU: A/63/275, § 26 y 27).

<sup>214</sup> Un ejemplo de esto son los *Principios y Directrices sobre desalojos y desplazamientos generados por desarrollo* en los que se afirma que «las presentes directrices se centran en ofrecer orientación a los Estados sobre medidas y procedimientos que han de adoptarse para garantizar que los desalojos generados por el desarrollo no se efectúen en contravención de las normas internacionales de Derechos Humanos existentes y, por tanto, no constituyan desalojos forzados» (doc. ONU: A/HRC/4/18/Anexo I, § 10).

<sup>215</sup> Programa Hábitat (1996), A/CONF.165/14, Anexo II, § 40.

ilegalidad. Sin embargo, para muchos observadores la referencia a los “desalojos forzosos” es una tautología, en tanto que otros critican la expresión “desalojos ilegales” por cuanto supone que la legislación pertinente brinda una protección adecuada y se ajusta al Pacto, cosa que no siempre es así en absoluto. Asimismo, se ha señalado que el término “desalojos injustos” es aún más subjetivo dado que no se refiere a ningún marco jurídico. La comunidad internacional, especialmente en el contexto de la Comisión de Derechos Humanos, ha optado por la expresión “desalojos forzosos” sobre todo teniendo en cuenta que todas las alternativas propuestas adolecían también de muchos de esos defectos. Tal como se emplea en la presente Observación General, el término “desalojos forzosos” se define como el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos [por tanto, en sentido específico de la expresión para el Derecho internacional de los derechos humanos]. Sin embargo, la prohibición de los desalojos forzosos no se aplica a los desalojos forzosos efectuados legalmente y de acuerdo con las disposiciones de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos [usando ahora el término, en contradicción con el anterior párrafo, en su sentido descriptivo o genérico]» (§ 3)<sup>216</sup>.

---

<sup>216</sup> La lectura de los debates en el seno del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para la elaboración de la O. G. núm. 7 pone de manifiesto las dudas y titubeos para delimitar el desalojo forzoso entre un género uniforme que incluyera tanto los conformes al pacto como los desalojos contrarios al pacto o un género específico referido a los desalojos contrarios a los Derechos Humanos: «54. El Sr. RATTRAY (Jamaica) dice que el concepto de “desalojo forzado” implica que el desalojo es involuntario y que se ha recurrido a la fuerza. Puede ser justificado o injustificado pero lo importante es que le preceda un elemento de proceso legal en regla. Aunque un desalojo sea forzado, queda todavía el derecho a la vivienda y el derecho al reasentamiento. 55. El Sr. CEAUSU (Rumanía) dice que la preocupación principal debería ser si los desalojos se realizan en circunstancias inhumanas que ponen en peligro la vida o la salud de las personas afectadas, especialmente niños, ancianos y enfermos, o mujeres embarazadas. En tales casos el proyecto de Observación General debería afirmar que no puede llevarse a cabo un desalojo a no ser que se ofrezca una vivienda provisional.[...] 59. El Sr. TEXIER (Francia) dice que lo importante es que prevalezca el derecho a una vivienda satisfactoria. Un desalojo puede ser legal pero no estar necesariamente justificado y es importante que el propietario conserve el derecho a desalojar a un inquilino que dispone de los medios para pagar el alquiler, pero no lo hace. Sin embargo, también es importante que no se recurra a la violencia, especialmente contra mujeres, niños o personas ancianas o enfermas. No debería dejarse simplemente en la calle a las personas sin que tuvieran ningún recurso» (*Acta resumida de los debates del Comité*, 14 periodo de sesiones; sesión 10.<sup>a</sup>, de 6 de mayo de 1996 (publicación el 12 de diciembre de 1996); acta resumida en doc. ONU: E/C.12/1996/SR.10, §§ 53 a 59; [las referencias que contiene son al proyecto de Observación General documento HR/CESCR/NONE/1996/5]. Las actas resumidas (*summary reports*) pueden consultarse en <http://documents.un.org> o en <http://tb.ohchr.org/>

El debate continúa en la siguiente sesión: «8. El Sr. RATTRAY dice que el asunto de los

En el mismo sentido, en los *Principios básicos y directrices sobre desalojos y desplazamientos generados por el desarrollo* (2007) se matiza la definición de desalojos forzosos, señalando que «la prohibición de desalojos forzosos no se aplica a los desalojos que se llevan a cabo de conformidad con la legislación ni [se aplica a los desalojos que se llevan a cabo] conforme a las disposiciones y tratados internacionales sobre derechos humanos» (§ 4 a).

En su *Informe analítico sobre los desalojos forzosos* (1994) el Secretario General de las Naciones Unidas admitía que «existen, por supuesto, circunstancias en las cuales los desalojos no sólo pueden estar justificados sino que constituyen el único modo de resolver un problema. Persistentes comportamientos antisociales tales como acosar o intimidar a los vecinos, o comportamientos que amenacen la salud o seguridad pública, por ejemplo, podrían considerarse “fundamentos razonables” para los desalojos. De modo similar, afirmaciones racistas, ataques o comportamientos delictivos contra los vecinos, el impago persistente de la renta en un entorno habitable y cuando se dispone de capacidad para ello, así como la injustificada destrucción de la propiedad arrendada, pueden ser consideradas situaciones en las que un desalojo forzoso está justificado [puede notarse que en esta última frase se está usando el término desalojo forzoso en sentido genérico o descriptivo]» (§ 30)<sup>217</sup>.

La posibilidad de que los derechos económicos, sociales y culturales puedan verse restringidos está reconocida expresamente en el art. 4 del Convenio de Derechos

---

desalojos forzosos tiene que ver con los derechos sustantivos y procesales de las personas. Sin embargo, independientemente de que los afectados tengan o no derechos de ocupación, la manera en que se efectúa el desalojo puede potencialmente violar determinados derechos [...] 10. El Sr. GRISSA (Túnez) [...]. Se pregunta si el restablecimiento de un derecho mediante el desalojo [el derecho del propietario, por ejemplo] puede considerarse en algún caso una violación de derechos. [...] 12. EL PRESIDENTE (sr. Alston, Australia) [...] Nadie tiene derecho a instalarse en viviendas o en tierras por el simple motivo de que ha decidido ocuparlas, pero la única manera de desalojar a esas personas es procediendo de conformidad con la ley» (*Acta resumida de los debates del Comité*, 16.º periodo de sesiones; 4.ª sesión, 29 de abril de 1997, en doc. ONU: E/C.12/1997/SR.4 (publicado el 26 de junio de 1997).

<sup>217</sup> E/CN.4/1994/20, § 30. En el mismo sentido, la Observación General núm. 7 (1997) del CDESC afirma que «Aunque algunos desalojos pueden ser justificables, por ejemplo en caso de impago persistente del alquiler o de daños a la propiedad alquilada sin causa justificada, las autoridades competentes deberán garantizar que los desalojos se lleven a cabo de manera permitida por una legislación compatible con el Pacto y que las personas afectadas dispongan de todos los recursos jurídicos apropiados» (§ 11).



Económicos, Sociales y Culturales<sup>218</sup>. Por tanto, puede haber desalojos que sean conformes a los derechos humanos, pero ello exige no sólo la previsión legal del desalojo y del procedimiento para llevarlo a cabo (desalojos «conformes a la ley») sino, además, que esta normativa ofrezca unas determinadas garantías lo que se manifiesta en la expresión «teniendo en consideración los derechos humanos» que emplea la Observación General núm. 7 (1997) para definir los desalojos forzosos como categoría prohibida por el derecho internacional, es decir, se añade una exigencia adicional al carácter legal de los desalojos<sup>219</sup>. Por esta razón, el Comité recomienda a los Estados «la realización de exámenes legislativos amplios y sistemáticos de todas las leyes nacionales relacionadas con el derecho a la vivienda o que afecten al derecho a la vivienda, con el fin de asegurar su conformidad con las normas internacionales»<sup>220</sup>. Puede incluso decirse que existe una presunción *iuris tantum* en favor de la ilegalidad de los desalojos forzosos: según la Observación General núm. 4 del CDESC, de 13 de dic de 1991<sup>221</sup>, «los desalojos forzosos son *prima facie* incompatibles con los requisitos del Pacto y sólo podrían justificarse en las circunstancias más excepcionales y de conformidad con los principios pertinentes del derecho internacional» (§ 18).

---

<sup>218</sup> Según el art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática». Según los Principios de Limburg (1987) este artículo no persigue tanto autorizar la posibilidad de que el Estado establezca limitaciones como garantizar los derechos individuales (principio núm. 46) y, en todo caso, no permite que se produzcan limitaciones que pongan en riesgo la subsistencia o supervivencia de las personas o su integridad (principio núm. 47) ni que la limitación tenga tal extensión que se afecte a la esencia del derecho (principio núm. 56). Se exige, asimismo, que las limitaciones obedezcan a reglas formales (previsión legal) y sustanciales (finalidad de promover el interés general en una sociedad democrática): principios 48 a 55.

<sup>219</sup> En el informe analítico del Secretario General sobre los desalojos forzosos (1994) éste afirma «cabe preguntarse si, incluso aunque exista un motivo aparentemente legal (o quizás hasta plausible) para ejecutar los desalojamiento planificados, se justifica el método utilizado para alcanzar el objetivo. ¿Se ajustan a derecho los métodos a los que se recurre comúnmente para ejecutar desalojamiento forzosos en apariencia legales? En otras palabras, ¿el fin justifica los medios?» y, más adelante que «si bien en algunos casos pueden ser inevitables [los desalojos] y, de conformidad con la ley, aceptables y razonables, el costo humano de los desalojamiento forzosos puede ser tan cruel y degradante que toda justificación de esa medida debe evaluarse en estos términos y con arreglo a los principios generalmente reconocidos del derecho internacional» (E/CN.4/1994/20, § 28 y 61, respectivamente).

<sup>220</sup> *Ibidem*, § 152.

<sup>221</sup> Doc. ONU: E/1992/23

Acogiendo las anteriores matizaciones, en el *Programa de Hábitat (Habitat Agenda)* (1996) los gobiernos se comprometieron a «proteger a todas las personas contra los desalojos forzosos que sean contrarios a la ley, tomando en consideración los derechos humanos, y garantizar la protección y reparación judicial en esos casos; [y] cuando los desalojos sean inevitables tratar, según corresponda, de encontrar otras soluciones apropiadas»<sup>222</sup>. Con mayor precisión todavía, la Observación General núm. 7 (1997), exige que todo desalojo, incluso legal, se someta a ciertas garantías, afirmando que una de las cuestiones más decisivas es «determinar las circunstancias [se entiende de fondo o sustanciales] en que son admisibles los desalojos forzosos [sentido descriptivo del término] y enunciar las modalidades de protección que se necesitan para garantizar el respeto de las disposiciones pertinentes del Pacto» (§ 2). Y, por ello, añade:

«Incluso en las situaciones en que pudiera ser necesario imponer limitaciones a ese derecho, se exige el pleno respeto del artículo 4 del Pacto, en el sentido de que las limitaciones que se impongan deberán ser “determinadas por ley”, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos [económicos, sociales y culturales] y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática» (Observación General núm. 7, § 5).

En su párrafo 14 la Observación General señala exigencias que van más allá de la existencia de una causa para el desalojo:

«Cuando se considere que el desalojo está justificado, debería llevarse a cabo con estricto cumplimiento de las disposiciones pertinentes de las normas internacionales de derechos humanos y respetando los principios generales de la razón y la proporcionalidad».

Con mayor precisión, el párrafo 15 enumera garantías procedimentales específicas para que el desalojo pueda considerarse conforme con los derechos humanos:

«a) Un auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; b) un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo; c) facilitar a todos los interesados, en un plazo

---

<sup>222</sup> Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos —Hábitat II— (A/CONF.165/14), anexo II, Programa de Hábitat, párr. 40 n.

razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las tierras o las viviendas; d) la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando éste afecte a grupos de personas; e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo; f) no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento; g) ofrecer recursos jurídicos; y h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales» (§15).

En el mismo sentido, la resolución 1998/9, de 20 de agosto, sobre desalojos forzosos, de la Subcomisión de Derechos Humanos<sup>223</sup> exige «asegurar que ningún desalojo, sea o no forzoso, se realice de forma que vulnere cualquiera de los derechos humanos del desalojado».

Como resumen de las citadas garantías (que desarrollaremos en el siguiente apartado) los *Principios y Directrices sobre desalojos* establecen que «Los desalojos requieren una plena justificación dados sus efectos adversos sobre una gran cantidad de derechos humanos internacionalmente reconocidos»; por lo que cualquier desalojo debe:

«a) estar autorizado por la ley; b) llevarse a cabo de acuerdo con el derecho internacional relativo a los derechos humanos; c) hacerse únicamente con el fin de promover el bienestar general [En las presentes directrices, la promoción del bienestar general se refiere a las medidas adoptadas por los Estados de acuerdo con sus obligaciones internacionales de derechos humanos, en particular la necesidad de garantizar los derechos humanos de los más vulnerables]; d) ser razonable y proporcional; e) estar reglamentado en forma tal que se garantice una indemnización y una rehabilitación que sean completas y justas; y f) realizarse de acuerdo con las presentes directrices. La protección que ofrecen estos requisitos de procedimiento se aplica a todas las personas vulnerables y a los grupos afectados, independientemente de si poseen un título de propiedad sobre el hogar o los bienes en virtud de la legislación nacional» (§ 21 ).

---

<sup>223</sup> Doc. ONU: E/CN.4/Sub.2/RES/1998/9

## **7. Garantías y límites exigibles a la normativa nacional para que desalojos sean conformes con los Derechos humanos**

Según lo expuesto, para que un lanzamiento sea conforme con los Derechos humanos desde la perspectiva de los derechos humanos relativos a la vivienda y teniendo en cuenta la prohibición de desalojos forzosos, serán exigibles los elementos que sistematizamos a continuación:

1.º La previsión legal del desalojo y del procedimiento para hacerlo efectivo.

Tanto las causas para el desalojo de una vivienda como el modo de llevarse a cabo, incluyendo la actuación de todos los agentes implicados, deben estar regulados en normas legales preestablecidas. Así se establece expresamente en los párrafos 5 y 9 de la Observación General núm. 7 del CDESC.

«en las situaciones en que pudiera ser necesario imponer limitaciones a ese derecho [a la vivienda], se exige el pleno respeto del artículo 4 del Pacto [PDESC], en el sentido de que las limitaciones que se impongan deberán ser “determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos [económicos, sociales y culturales] y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”» (O. G. núm. 7, § 5).

«[...] una legislación contra los desalojos forzosos es una base esencial para crear un sistema de protección eficaz. Esa legislación debería comprender medidas que a) brinden la máxima seguridad de tenencia posible a los ocupantes de viviendas y tierras, b) se ajusten al Pacto y c) regulen estrictamente las circunstancias en que se puedan llevar a cabo los desalojos. La legislación debe aplicarse, además, a todos los agentes que actúan bajo la autoridad del Estado o que responden ante él» (O. G. núm. 7, § 9).

2.º Exigencia de una causa justa de desalojo.

Como se ha dicho, el desalojo puede estar justificado, pero no basta que la causa conste en la ley. Es preciso que dicha causa tenga una cierta relevancia lo que se

suele identificar con la vinculación de dicha causa con el «bienestar general en una sociedad democrática»<sup>224</sup>.

En su Informe analítico sobre los desalojos forzosos de 1994 el Secretario General de las Naciones Unidas enumeraba distintas causas justificativas del desalojo desde el punto de vista de los derechos humanos y, entre ellas, la falta de pago de la renta (pero sólo si el ocupante dispone de capacidad suficiente para el pago) y la destrucción injustificada de propiedad arrendada.

«existen circunstancias en las cuales los desalojos no sólo pueden estar justificados sino que constituyen el único modo de resolver un problema. Persistentes comportamientos antisociales tales como acosar o intimidar a los vecinos o comportamientos que amenacen la salud o seguridad pública, por ejemplo, son considerados “fundamentos razonables” para los desalojos. De modo similar, afirmaciones racistas, ataques o comportamientos delictivos contra los vecinos, el impago persistente de la renta en un entorno habitable y cuando se dispone de capacidad para ello, así como la injustificada destrucción de la propiedad arrendada, pueden ser consideradas situaciones en las que un desalojo forzoso está justificado» (§ 30).

Entre los desalojos considerados justificados (que sean o no forzosos depende además de que el procedimiento seguido respete los derechos humanos) el párrafo 11 de la *Observación General núm. 7* (1997) señala también la falta de pago (exigiendo que sea persistente) y el daño a la propiedad arrendada (si no está justificado):

«Aunque algunos desalojos pueden ser justificables, por ejemplo en caso de impago persistente del alquiler o de daños a la propiedad alquilada sin causa justificada, las autoridades competentes deberán garantizar que los desalojos se lleven a cabo de manera permitida por una legislación compatible con el Pacto y que las personas afectadas dispongan de todos los recursos jurídicos apropiados» (O. G. 7.<sup>a</sup> § 11)<sup>225</sup>.

<sup>224</sup> Art. 4 del PIDESC, Observación General núm. 7, § 5

<sup>225</sup> En el debate en el seno del CDESC sobre los párrafos 10 y 11 del proyecto (luego refundidos como párrafo 11, dedicado a enumerar los supuestos en que los desalojos están justificados) se insistió en que el enunciado era meramente ejemplificativo y que los desalojos con causa no son conformes al pacto si las normas para llevarlos a cabo no proporcionan suficientes garantías: «66. El Sr. TEXIER (Francia) [...] [dice que]. El Comité se mueve en un terreno peligroso cuando empieza a enumerar casos de desalojo justificables. Tal como está, la enumeración dista

Según los Principios y Directrices sobre desalojos: «antes de cualquier decisión sobre el inicio de un desalojo, las autoridades deben demostrar que el desalojo es inevitable y corresponde a los compromisos internacionales de derechos humanos que protegen el bienestar general» (§ 40).

### 3.º Prohibición de dejar a personas sin hogar como consecuencia del desalojo.

Según el párrafo 16 de la *Observación General núm. 7* (1997) debería prohibirse que los Estados dejaran sin hogar de forma intencionada a una persona, familia o comunidad como consecuencia de un desalojo, aun cuando sea legal: de otro modo, el desalojo podría considerarse contrario a las normas internacionales sobre derechos humanos.

Los desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda» (O. G. núm. 7, § 16).

Esta idea e también recogida por el relator especial para la vivienda adecuada en su informe sobre desalojos forzosos (2004):

«Los desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Cuando los

---

mucho de ser exhaustiva y deja abiertas las puertas a otras justificaciones más discutibles. Además, la lista mezcla justificaciones evidentes, como el impago del alquiler, con otros problemas molestos más complicados. [...]. 67. El Sr. WIMER (México) dice que a él tampoco le agradan las listas incompletas. Además, en la del párrafo 11 se mezclan razones objetivas, como el impago del alquiler, con actitudes tales como el racismo, y al final el asunto no queda claro. Como mínimo, habría que redactar de nuevo la primera oración y especificar que la enumeración no es exhaustiva. El Sr. RATTRAY (Jamaica) recuerda que la intención fue incluir, a modo de ejercicio didáctico, un párrafo sobre los desalojos justificables para compensar el análisis anterior sobre los desalojos ilegales. 71. El Sr. TEXIER propone una fusión de los párrafos 10 y 11. Este último, sin embargo, debe reducirse a una indicación de que los desalojos son justificables en ocasiones, aduciendo el ejemplo objetivo e incontrovertible del impago del alquiler; y que los desalojos deben siempre ser autorizados oficialmente de conformidad con los debidos procedimientos y con una legislación acorde con los objetivos del Pacto» (*Acta resumida de los debates del Comité*, 16.º periodo de sesiones; 4.ª sesión, de 29 de abril de 1997, E/C.12/1997/SR.4 (publicado el 26 de junio de 1997).

afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda»<sup>226</sup>.

Principio incorporado más tarde a los *Principios y Directrices sobre desalojos* elaborados por el relator especial para la vivienda adecuada,(2008):

«Los desalojos no deben generar personas sin hogar o vulnerables a la violación de otros derechos humanos. El Estado debe prever la adopción de todas las medidas apropiadas, hasta el máximo de los recursos disponibles, especialmente a favor de los que no pueden ganarse la vida, para garantizar que se disponga o se ofrezca vivienda adecuada alternativa, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según el caso. La vivienda alternativa debe estar situada lo más cerca posible del lugar inicial de residencia y la fuente de ingresos de las personas desalojadas» (§ 43).

«El Gobierno y cualesquiera otras partes responsables de proporcionar una indemnización justa y un alojamiento alternativo suficiente, o la restitución cuando sea factible, deben hacerlo inmediatamente después del desalojo, excepto en los casos de fuerza mayor. Como mínimo, independientemente de las circunstancias y sin discriminación, las autoridades competentes deben garantizar que las personas o los grupos desalojados, especialmente los que no pueden ganarse el sustento, tienen acceso seguro a: a) alimentos esenciales, agua potable y saneamiento; b) alojamiento básico y vivienda; c) vestimenta apropiada; d) servicios médicos esenciales; e) fuentes de sustento; f) pienso para los animales y acceso a los recursos comunes de propiedad de los que dependían anteriormente; y g) educación para los niños e instalaciones para el cuidado de los niños. Los estados también deberían asegurar que los miembros de la misma familia ampliada o comunidad no se separen a consecuencia de los desalojos» (§ 52).

Más recientemente, la relatora especial para la vivienda adecuada, Sra. *RAQUEL ROLNIK*, en su informe inicial rendido a la Asamblea General (2008), incluía en sus recomendaciones finales que los Estados:

«se abstengan de adoptar medidas que puedan llevar a la pérdida de los hogares, en particular en los casos de desalojo, ya sean de los considerados legales o ilegales en virtud de la legislación nacional, habida cuenta que, conforme a la prohibición

---

<sup>226</sup> E/1992/23, de 13 de dic de 1991, § 16.

de los desalojos forzosos contenida en las normas internacionales de derechos humanos, los desalojos no deben tener como resultado el desamparo»<sup>227</sup>.

Esta interpretación puede resultar polémica en relación con los desalojos amparados en una causa legítima prevista en la ley, sobre todo con los desarrollados a través de un proceso. Sin embargo, no es más que la afirmación de que un derecho humano fundamental (a la tutela efectiva o a la propiedad del demandante, por ejemplo) no puede hacerse efectivo a costa de otro derecho igualmente legítimo, al menos no a cualquier coste o de forma indiscriminada. Esta es la idea es consistente con la vigencia en los procesos de ejecución forzosa de los principios de derecho material y de proporcionalidad, tal como hemos expuesto en la primera parte de nuestro estudio, de modo que la realización del lanzamiento sin considerar dichos principios (y considerando, por tanto, su efecto para los derechos fundamentales de las personas desalojadas) no es un verdadero lanzamiento procesal con todas las garantías.

Puede resultar paradójico, sin embargo, que una actividad judicial como el lanzamiento pueda ser contraria a los derechos fundamentales tanto si se consuma el desalojo (vulnerando el derecho a la vivienda del ocupante —y quizá otros derechos relativos a la vivienda, como el derecho a la vida privada o a la integridad física—) como si se deja sin efecto (vulnerando entonces el derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutante —y quizá también sus derechos de propiedad u otros derechos basándose en los cuales obtuvo la sentencia que se trata de ejecutar con el desalojo—). Parecería que se puede producir una situación de bloqueo para la actuación jurisdiccional en la que ninguna actividad judicial sería legítima.

Para resolver la paradoja, debemos, en primer lugar, distinguir entre el derecho a ocupar el inmueble (el *ius possidendi* que corresponde al demandante, tenga base real u obligacional) y el derecho a la vivienda (como derecho fundamental que corresponde al demandado); en segundo lugar, debemos tener presente que el deber del Estado de no contribuir con su actividad a la privación de un derecho fundamental alude a la actuación del Estado en su conjunto, sin distinguir entre las actividades específicas de los distintos poderes que lo integran.

---

<sup>227</sup> Doc. ONU: A/63/275, § 73, b.



Por lo que se refiere al primer elemento, el derecho a la vivienda puede hacerse efectivo sobre cualquier inmueble habitable, que, por supuesto, no tiene que ser precisamente aquél a cuya ocupación no se tiene derecho (máxime si en tal sentido se ha pronunciado un tribunal). Pero, al mismo tiempo, si el inmueble ilegalmente ocupado es el que, en un momento determinado, satisface el derecho a la vivienda del ocupante (o cualquiera de los derechos humanos a él vinculados), el lanzamiento vulnerará el derecho a la vivienda si tal ocupante no dispone (o no se le proporciona), en dicho preciso momento, de otro inmueble alternativo al que acudir. La combinación de ambos factores arroja sobre el Estado la carga de proceder al desalojo para satisfacer al acreedor al tiempo que pone a disposición del ocupante ilegal los recursos disponibles (que pueden consistir en alojamiento público, permanente o temporal, en la subvención para acceder a modalidades de alojamiento privado o en otras formas de cooperación o asistencia pública —proporcionando información al ocupante, favoreciendo su acceso a redes de asistencia familiar o social del ocupante, etc.—) para que pueda ser satisfecha su necesidad de vivienda. Cualquier otra conducta del Estado vulnerará el derecho a la vivienda del ocupante y, probablemente, alguno de los derechos relacionados con la vivienda<sup>228</sup>. La ocupación por el demandado de la vivienda objeto de desalojo, debe ser, en todo caso, temporal e instrumental: no se afirma en ningún caso un derecho a permanecer indefinidamente en una vivienda ajena o contra lo dispuesto por el ordenamiento (por ejemplo, en sentencia firme) aunque, indirectamente, habrá de permitirse dicha ocupación el tiempo indispensable para resolver una situación de emergencia con el auxilio del Estado.

Por lo que respecta al segundo elemento indicado para resolver la paradoja expuesta, no es el tribunal quien incumple las obligaciones asumidas por el Estado

---

<sup>228</sup> En este sentido, vid. BUDLENDER, GEOFF, «The Right to Alternative Accommodation in Forced Evictions», en AA. VV. (Squires, John; Langford, Malcolm; Thiele, Bret, eds.), *The Road To A Remedy: Current Issues in the Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*, Australian Human Rights Centre, The University of New South Wales, Centre on Housing Rights and Evictions (disponible en Internet), 2005, *passim*. Este autor, tras analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Sudáfrica sobre la materia, afirma: «queda claro que un desalojo que deja a personas sin hogar [*homeless* o *sin-techo*] es, *prima facie*, una vulneración del derecho a una vivienda adecuada. Requiere, por consiguiente, de una especial justificación. Los tribunales no deben autorizar desalojos cuando no haya disponible un alojamiento alternativo. Han cambiando las tornas: si antes el tribunal se veía inclinado a hacerse una sola pregunta: ¿por qué deberíamos dejar a los ocupantes quedarse?, ahora tiene que hacerse dos: ¿hay otro sitio donde los ocupantes puedan vivir? ¿debemos consentir que queden sin hogar?» (*ibidem*, pág. 138, la traducción es nuestra). Ver también págs. 95 a 97.

en el plano internacional cuando procede al desalojo forzoso o cuando, evitando el mismo, vulnera el derecho a la tutela del demandante: es el Estado mismo (en su conjunto), al que corresponde organizar su sistema jurídico (lo que incluye su legislación y la organización administrativa necesaria para dar respuesta —en la medida de sus posibilidades— a estas situaciones) de forma tal que la actuación de los tribunales no se vea abocada a infringir un derecho fundamental. La intervención del tribunal no puede realizarse sin vulneración de un derecho humano amparado por los pactos internacionales de derechos si no se coordina con la actividad administrativa en la valoración y resolución del problema de vivienda que el desalojo genera y esta última no podrá afrontar dichos problemas sin una legislación apropiada —que permitan movilizar los recursos necesarios— o una interpretación judicial de la existente conforme al principio de proporcionalidad<sup>229</sup>.

---

<sup>229</sup> En el acta resumida de los debates en el seno del CDESC sobre el proyecto de Observación General núm. 7 (HR/CESCR/NONE/1996/5) puede leerse la polémica suscitada porque la carga que la prohibición de dejar sin vivienda a una persona recaiga sobre el Estado y, en concreto, sobre los Tribunales: «26. El Sr. RATTRAY (Jamaica) expresa preocupación por que la última oración limitaría la facultad de los tribunales de decidir en favor de un desalojamiento [sic.] por la mera razón de que la consecuencia de una orden de desalojamiento [sic.] sería dejar a algunas personas sin vivienda. Cree que sería preferible iniciar el párrafo con una afirmación del derecho independiente a una vivienda adecuada, cualesquiera que sean las circunstancias del desalojamiento [sic.]. 27. El Sr. PILLAY (Mauricio) dice que, en su interpretación del párrafo 16, no recae en los tribunales sino en los Estados Partes la obligación de velar por que no se deje a ninguna persona sin vivienda ni se la exponga directamente a la violación de cualquiera de sus derechos humanos como consecuencia de un desalojamiento [sic.]. [...] 29. El PRESIDENTE (Sr. Alston, Australia) dice que los que se oponen al derecho a la vivienda tienden a no considerar con suficiente flexibilidad cualquier concepto de esa índole. Los gobiernos no pueden descuidar su responsabilidad de proporcionar otra vivienda por la sencilla razón de que la persona desalojada haya contravenido la ley. En su calidad de seres humanos, esas personas tienen derecho a una vivienda, por muy modesta que sea. 30. El Sr. WIMER (México) dice que es importante que en la Observación General se tenga en cuenta la situación en los países donde los poderes están divididos entre el ejecutivo y el judicial. Debe redactarse de nuevo el párrafo, para que abarque todos los casos, y se debe pedir a los gobiernos que velen por que los desalojamientos [sic.] se efectúen humanitariamente, independientemente de la rama del gobierno a la que incumbe esa decisión. [...] 32. El Sr. TEXIER (Francia) dice que, habida cuenta de los muchos factores que intervienen, el texto debe abordar la cuestión en un plano general. En el pasado, algunos expertos jurídicos han interpretado grotescamente el artículo 11 del Pacto para denegar el derecho a la vivienda. A nivel nacional, los encargados de hacer cumplir la ley deben tratar los casos de ocupación ilegal con carácter individual, procurando siempre reflejar el espíritu de los principios expresados en la Observación General.[...] 36. El Sr. PILLAY dice que, de hecho, podría volver a redactarse la última oración pero que, contrariamente a la opinión de algunos miembros del Comité, cree que no se plantea ningún problema de injerencia del ejecutivo en la labor del poder judicial. Cuando un tribunal haya decidido que debe expulsarse a un ocupante ilegal, el gobierno deberá respetar la decisión, pero quedará obligado enseguida a buscar otras soluciones en materia de alojamiento para las personas que hayan quedado sin vivienda como consecuencia del desalojamiento [sic.]» (*Acta resumida de los debates del Comité*, 16 periodo de sesiones, 6.ª sesión, 31 de abril de 1997, doc. ONU: E/C.12/1997/SR.6 —publicado el 3 de julio de 1997—, §§ 19 a 52).

De lo expuesto se derivan, en nuestra opinión, dos exigencias para los tribunales<sup>230</sup>. La primera exigencia supone que los tribunales que no pueden permanecer ajenos al efecto que el lanzamiento va a tener en la vida de los ocupantes desalojados: a su repercusión sobre el derecho a la vivienda y otros derechos fundamentales por ésta amparados, como el derecho a la vida, la salud o la intimidad; los tribunales, como órganos del Estado, están sometidos a las normas internacionales sobre derechos humanos. El tribunal debe desarrollar tanto una actividad de información previa al lanzamiento sobre la situación de los ocupantes y las consecuencias que de aquél se van a seguir sobre los derechos fundamentales de éstos, de modo que puedan articularse los medios oportunos, como una actividad durante el propio desarrollo de la diligencia de lanzamiento que de respuesta a la situación creada, incluida la interrupción y suspensión de la diligencia de lanzamiento en caso de apreciarse *in situ*, sea de oficio o a instancia de parte, el riesgo para los derechos relativos a la vivienda que genera el lanzamiento. La segunda exigencia se refiere a la necesidad de articular la actuación jurisdiccional con la de aquellas Administraciones públicas especializadas dotadas de medios y potestades para atender las necesidades sociales y económicas de los ciudadanos. A nuestro juicio, esta articulación habrá de producirse en todo caso mediante la oportuna subordinación de la Administración a la Jurisdicción si la privación de vivienda tiene lugar en ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Ahora bien, matizando las exigencias anteriores, hay que entender que la vulneración del derecho a la vivienda no se produce: (1) si el ocupante dispone de otra vivienda susceptible de ser ocupada en el momento del lanzamiento, (2) si dispone de medios económicos que le permitan procurarse un alojamiento alternativo en el momento del lanzamiento, (3) o si dispone de apoyo actual, suficiente y real bien de naturaleza privada (redes familiares, solidarias, caritativas...), bien de naturaleza pública (intervención administrativa prestacional) que le permita satisfacer su necesidad de vivienda, al menos de modo provisional

---

<sup>230</sup> El proyecto de O. G. núm. 7 situaba la carga de proporcionar vivienda al sujeto desalojado sin recursos en el marco del proceso. Tras el debate se trasladó esta carga al Estado en su conjunto sin hacer referencia al proceso judicial. No puede entenderse esta evolución como una dispensa a los tribunales para que dejen de considerar el deber del Estado (del que forman parte y que les concierne) de no dejar sin vivienda o en situación de riesgo a personas con motivo de un desalojo judicial.

—que no provisionalísimo—<sup>231</sup>.

<sup>231</sup> También durante el debate en el seno del CDESC del proyecto de Observación General núm. 7 se expresó la voluntad de evitar una valoración descontextualizada del derecho del ocupante que impidiera o dificultase la satisfacción del correspondiente al ejecutante, cuyo derecho legítimo al inmueble, amparado por el derecho a la tutela efectiva, también está en juego: «25. El PRESIDENTE (Sr. Alston, Australia) dice que hay personas que dispondrán de recursos para obtener una vivienda adecuada después de ser desalojadas. En esos casos, no recaería en el Gobierno la obligación automática de proporcionarles otro alojamiento. [...]» 31. El Sr. SADI (Jordania) dice que respalda las opiniones expresadas por los oradores anteriores. Conserva algunas dudas respecto de la afirmación de la última oración de que “no se debe dejar a ninguna persona sin vivienda”. En términos absolutos, ello incluiría a las personas capaces de encontrar vivienda. Pide que se confirme que la intención de la Observación General es asistir a las personas indigentes urgentemente necesitadas de alojamiento, que no tengan otra alternativa. [...]» (acta abreviada de la sesiones del CDESC, 16 periodo de sesiones, sesión 6.<sup>a</sup>, de 31 de abril de 1997, E/C.12/1997/SR.6 —publicado el 3 de julio de 1997—, §§ 19 a 52). Sobre este punto el debate continuó en la última sesión dedicada a la observación general: «54. El Sr. MARCHÁN ROMERO estima que, en la segunda frase, sería preferible sustituir las palabras “ningún indigente” por la expresión más general “ninguna persona”. 55. El Sr. SADI señala que el párrafo 15 [del proyecto, 16 en la versión definitiva] también trata de todas las formas de desalojo y se pregunta por qué, en caso de desalojo forzoso, el Estado Parte debe velar por que se proporcione una vivienda a las personas afectadas. 56. El PRESIDENTE declara que sería conveniente profundizar en la cuestión para decidir la responsabilidad del Estado Parte en los casos de desalojos legales. 57. El Sr. PILLAY dice que la expresión “ninguna persona” es demasiado general y que era conveniente hacer hincapié en las personas en situación. difícil, que corren el riesgo de que se violen sus otros derechos como consecuencia de un desalojo. 58. El PRESIDENTE dice, por lo que se refiere a la primera frase, que sería conveniente sustituir las palabras “se proporcionen” por las palabras “se pongan a disposición”, para indicar claramente que el Estado Parte sólo debe intervenir en última instancia. 59. El Sr. GRISSA piensa, al igual que el Sr. Marchán Romero, que habría que sustituir las palabras “ningún indigente” por “ninguna persona”, ya que, a su juicio, es difícil definir los criterios de pobreza, por lo que propone que se formule de nuevo la frase del modo siguiente: “También debe velar por que ninguna persona que haya sido objeto de un desalojo se quede sin hogar o se vea expuesta a la violación de sus demás derechos”. 60. El Sr. SADI piensa que en el párrafo 15 conviene hacer hincapié en la situación financiera de la persona que es objeto de un desalojo, sin distinción de sexo. 61. El Sr. RIEDL sugiere que se modifique el principio de la segunda frase del modo siguiente: “También debe adoptar todas las medidas adecuadas para que ninguna persona”, y mantener el final de la frase sin cambios» (*Acta resumida de los debates del Comité*, 16 periodo de sesiones, 22.<sup>a</sup> sesión, 14 de mayo de 1997, doc. ONU: E/C.12/1997/SR.22, §§ 1 a 93). En una sesión posterior del Comité prosigue el debate sobre la exigencia de proporcionar alojamiento alternativo: «54. El Sr. MARCHÁN ROMERO (Ecuador) estima que, en la segunda frase, sería preferible sustituir las palabras “ningún indigente” por la expresión más general “ninguna persona”. 55. El Sr. SADI señala que el párrafo 15 también trata de todas las formas de desalojo y se pregunta por qué, en caso de desalojo forzoso, el Estado Parte debe velar por que se proporcione una vivienda a las personas afectadas. 56. El PRESIDENTE declara que sería conveniente profundizar en la cuestión para decidir la responsabilidad del Estado Parte en los casos de desalojos legales. 57. El Sr. PILLAY (Mauricio) dice que la expresión “ninguna persona” es demasiado general y que era conveniente hacer hincapié en las personas en situación difícil, que corren el riesgo de que se violen sus otros derechos como consecuencia de un desalojo. 58. El PRESIDENTE dice, por lo que se refiere a la primera frase, que sería conveniente sustituir las palabras “se proporcionen” por las palabras “se pongan a disposición”, para indicar claramente que el Estado Parte sólo debe intervenir en última instancia. 59. El Sr. GRISSA (Túnez) piensa, al igual que el Sr. Marchán Romero, que habría que sustituir las palabras “ningún indigente” por “ninguna persona”, ya que, en su opinión, es difícil definir los criterios de pobreza, por lo que propone que se formule de nuevo la frase del modo siguiente: “También debe velar por que ninguna

La exigencia de evitar que como consecuencia del lanzamiento una persona quede sin hogar puede verse también limitada, en principio, en consideración a los recursos disponibles. Se afirma en el ámbito del Sistema de Naciones Unidas que el deber de prestación a cargo del Estado en relación con los derechos económicos y sociales es proporcional a los recursos de que disponga. Desde esta perspectiva, deberían admitirse supuestos de desalojos en que al Estado no le sea imputable la situación en que queda el sujeto desalojado al no disponer de recursos para evitarla. No obstante, esta afirmación debe ser matizada. La imposibilidad de satisfacer la necesidad de vivienda del sujeto desalojado por parte de un Estado no puede invocarse sin justificar rigurosamente las medidas efectivamente adoptadas para procurar satisfacción al derecho dentro del marco de recursos disponibles. En este sentido, no todas las medidas posibles para evitar que el desalojo «deje sin vivienda» a los ocupantes desalojados pasan porque sea el propio poder público quien proporcione a su costa una vivienda alternativa. Diversas intervenciones previas al desalojo pueden identificar recursos sea en el entorno familiar (en cuyo seno persiste el derecho de alimentos —art. 142 a 153 CC—, que incluye la «habitación» —art. 149 CC— y que el alimentista puede satisfacer acogiendo al familiar necesitado en su domicilio — art. 149 CC—), sea en el entorno social de los sujetos afectados (donde pueden actuar diversas entidades privadas de carácter

---

persona que haya sido objeto de un desalojo se quede sin hogar o se vea expuesta a la violación de sus demás derechos”. 60. El Sr. SADI piensa que en el párrafo 15 conviene hacer hincapié en la situación financiera de la persona que es objeto de un desalojo, sin distinción de sexo. 61. El Sr. RIEDL (Alemania) sugiere que se modifique el principio de la segunda frase del modo siguiente: “También debe adoptar todas las medidas adecuadas para que ninguna persona”, y mantener el final de la frase sin cambios. 62. El PRESIDENTE propone que, a la luz de las observaciones formuladas por los miembros del Comité, se modifique el párrafo 15 del modo siguiente: “Nadie debe quedarse sin hogar ni verse expuesto a la violación de otros derechos humanos como consecuencia de un desalojo. Cuando las personas que son objeto de un desalojo no tengan los medios de atender a sus necesidades, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas adecuadas y utilizar al máximo los recursos de que dispone para velar por que se pongan a disposición vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según sea el caso”. 63. Queda aprobado el párrafo 15 en su forma enmendada» (acta resumida de la sesión de 14 de mayo de 1997, 16.º periodo de sesiones, E/C.12/1997/SR.22 —publicada el 24 de noviembre de 1997—).

Sobre las circunstancias que pueden autorizar el lanzamiento pese a que con el mismo se deje sin vivienda a los ocupantes vid. BUDLENDER, Geoff, «The Right to Alternative Accommodation in Forced Evictions», en AA. VV. (Squires, John; Langford, Malcolm; Thiele, Bret, eds.), *The Road to a Remedy: Current Issues in the Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*, Australian Human Rights Centre, The University of New South Wales, Centre on Housing Rights and Evictions, 2005 (disponible en Internet: <http://www.cohre.org>), pág. 130 y 131; señala entre estas causas: la invasión de tierras o la creación de un grave riesgo para los propios ocupantes o para terceros.

asistencial), y, en general, movilizar recursos de todo tipo (laborales, por ejemplo) proporcionando al demandado la solución adecuada a su necesidad de vivienda. El problema de vivienda no siempre residirá en la falta en términos absolutos de medios o recursos para acceder a la vivienda sino en la carencia de los conocimientos adecuados (no saber donde acudir), del tiempo necesario (ante la inminencia del desalojo) o de los requisitos administrativos apropiados para acceder a determinados servicios (como la inscripción como solicitantes de vivienda social, por ejemplo). En definitiva, el deber del Estado, no requiere siempre la oferta de una vivienda pública (o la subvención directa de una privada) pero sí que éste realice toda la actividad a su alcance para evitar la lesión del derecho fundamental. Es exigible, en este sentido, que los recursos disponibles sean empleados hasta el máximo posible así como de la manera más eficiente posible. El tribunal puede obtener información sobre la existencia de los recursos a disposición del ejecutado dirigiendo los oportunos oficios a las autoridades competentes (servicios de vivienda, servicios sociales, etc.), del mismo modo que puede solicitar de dichas autoridades que pongan al servicio del lanzamiento los recursos que el Estado disponga, aunque para ello deba dilatarse el lanzamiento.

En todo caso, al determinar los «recursos disponibles» no se puede desconocer la realidad de que en países del denominado Primer Mundo la existencia de recursos (privados o públicos) es, de forma palmaria, suficiente como para garantizar que ninguna persona quede sin hogar<sup>232</sup> lo que impide invocar con seriedad la cláusula de «insuficiencia de recursos». Permitirá, sin embargo, matizar el grado de «adecuación» exigible a la vivienda admitiéndose, por ejemplo, una solución provisional —pero sin que resulten admisibles soluciones provisionalísimas como albergues o casas de transeúntes— o de menor calidad de la deseable —pero sin ser admisibles soluciones de infravivienda—<sup>233</sup>.

---

<sup>232</sup> Basta con constatar los datos de viviendas vacías (el 14,8% según el Censo de 2001; el censo de 2012 está en curso de elaboración) y considerar la posibilidad que para el legislador ofrece el art. 33.1 de la Constitución Española mediante la función social de la propiedad.

<sup>233</sup> Debatiendo el párrafo 16 de proyecto de O. G. núm. 7 (HR/CESCR/NONE/1996/5) se discutió el grado de satisfacción del derecho a la vivienda que es exigible al Estado en casos de desalojo: «33. El Sr. RATTRAY (Jamaica) dice que el tenor actual del párrafo 16 [...] obliga a las autoridades a buscar otras soluciones [alternativas a dejar a la persona sin hogar] que se ajusten a ciertas normas, pero, si esas soluciones son de carácter provisional, es posible que no se ajusten a las normas exigidas en la Observación General núm. 4 del Comité. Espera que se vuelva a redactar el

Por otra parte, en la mayor parte de los casos, el desconocimiento de la obligación de dejar personas sin hogar no permitirá invocar la excepción de la insuficiencia de recursos pues además del derecho a la vivienda el desalojo afectará otros derechos civiles y políticos (integridad física, intimidad, seguridad...) cuya satisfacción no se hace depender de los recursos disponibles.

En todo caso, queda claro que ante la existencia de recursos estatales (o en caso de verse afectados los derechos civiles y políticos cuya protección no está en función de los recursos) ante la colisión de derechos el tribunal no tiene potestad para determinar cual es el derecho fundamental que ha de sacrificarse (el derecho a la tutela del demandante o los derechos relativos a la vivienda del demandado) sino que está obligado a ponderar los diferentes derechos en presencia a través de la selección de medios de ejecución. La falta de un sistema mínimamente adecuado de asistencia a cargo de las Administraciones públicas puede dar lugar a una situación en que la ejecución en un tiempo razonable se empiece a vulnerar sin que por esta razón el tribunal quede autorizado todavía —por existir recursos disponibles— a desconocer el derecho a la vivienda dejando a los ocupantes sin hogar.

---

texto del párrafo que se examina de manera que se afirme el derecho a la vivienda, independientemente de los desalojamientos. 34. El PRESIDENTE [SR. Alston, Australia] dice que el derecho a la vivienda está sujeto siempre a una realización progresiva y depende de los recursos disponibles. El Comité podría elaborar directrices para interpretar lo que se entiende por “adecuada”, pero no puede esperar que los gobiernos cumplan siempre determinadas normas, ya que pueden carecer de los recursos necesarios. Esos casos no constituyen violaciones de la Observación General núm. 4. 35. El Sr. ADEKUOYE (Nigeria) hace suyas las observaciones del Sr. Rattray. Sugiere que no sería apropiado introducir criterios para definir una vivienda adecuada, habida cuenta de las circunstancias que existen en algunos países en desarrollo» (acta abreviada de la sesiones del CDESC, 16 periodo de sesiones, sesión 6.<sup>a</sup>, de 31 de abril de 1997, E/C.12/1997/SR.6 —publicado el 3 de julio de 1997—, §§ 19 a 52);

En el debate sobre el párrafo tercero del proyecto (definición de desalojos forzosos) también se produjeron intervenciones críticas en este sentido: «53. El Sr. GRISSA (Túnez) [...] [se pregunta]. ¿Si un propietario privado lleva a su inquilino ante los tribunales por no pagar el alquiler y el tribunal ordena el desalojo, deberá ocuparse el Comité del tema?. ¿Deberá exigirse al propietario o a la comunidad que pague los costos sociales? Esto violaría otro derecho, el de propiedad. Cuando se trata de una persona desalojada que carece de medios para alojarse, la comunidad debería asumir la responsabilidad de suministrar por lo menos un alojamiento provisional hasta que la persona disponga de los medios para obtener una vivienda por sí misma. 56. El Sr. AHMED (Egipto) dice que no es realista suponer que unas comunidades carentes en la mayoría de los casos de medios suficientes asuman la responsabilidad de facilitar alojamiento, aunque sea provisional» (Acta resumida de los Debates en el seno del CDESC, 14 periodo de sesiones; sesión 10.<sup>a</sup>, de 6 de mayo de 1996 (publicación el 12 de diciembre de 1996); acta resumida E/C.12/1996/SR.10, §§ 53 a 59).

La función del tribunal consiste en «adoptar las medidas precisas para satisfacer el derecho a la tutela efectiva sin vulnerar al tiempo otros derechos» (poniendo en juego la actividad pública de aquéllas Administraciones públicas con potestad para atender las situaciones de riesgo creadas): si como consecuencia de un funcionamiento deficiente de tales Administraciones públicas (o de las leyes administrativas que amparan su actuación y las presupuestarias o de otro tipo que les proporcionan recursos) el derecho a la tutela efectiva del ejecutante en los términos anteriores se ve imposibilitado generando dilaciones indebidas, la inercia de tal situación (de la que es responsable el Estado en su conjunto y no el tribunal) jugará contra el derecho del demandante. El tribunal no consumará el desalojo y surgirá su favor del demandado, un derecho de resarcimiento por mal funcionamiento de los servicios públicos e, incluso, por el funcionamiento anormal de la Administración de justicia que habrá sido incapaz de proporcionar tutela efectiva al demandante sin vulnerar los derechos humanos de los ocupantes<sup>234</sup>.

#### 4.º Vigencia del principio de proporcionalidad en la realización del desalojo.

La Observación General núm. 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1997), afirma:

«Cuando se considere que el desalojo está justificado, debería llevarse a cabo con estricto cumplimiento de las disposiciones pertinentes de las normas internacionales de derechos humanos y respetando los principios generales de la razón y la proporcionalidad»<sup>235</sup> (O. G. núm. 7, § 14).

---

<sup>234</sup> Lo que, por otra parte, no significa que el demandante deba conformarse con tal situación o que quede amparada por una genérica función social de la propiedad. El demandante insatisfecho tiene derecho a ser indemnizado por el Estado pues la falta de desalojo es consecuencia del mal funcionamiento de la Administración de justicia y del funcionamiento anormal de los servicios públicos. De esta cuestión nos volveremos a ocupar más adelante en este trabajo.

<sup>235</sup> El significado de la referencia a la «razón» junto a la «proporcionalidad» se refleja claramente en las sesiones de debate de la Observación General núm. 7 en que se acordó su supresión en la versión francesa: «88. El Sr. TEXIER (Francia), apoyado por el Sr. GRISSA (Túnez), dice que la palabra “razón”, en la referencia a “los principios de la razón y la proporcionalidad” al final de la primera oración, no tiene sentido en la versión en francesa. Cree que basta con la referencia a la proporcionalidad y propone suprimir la palabra “razón”. 89. El Sr. PILLAY (Jamaica) se opone a esa supresión porque, si bien las dos palabras se refieren prácticamente al mismo principio, el término consagrado en inglés en los documentos jurídicos y en jurisprudencia es “razón”, mientras que “proporcionalidad” representa el uso en francés. Estima que ambos términos son necesarios por motivos de claridad y señala a la atención el uso de la palabra “razonable” en la tercera oración del



La vigencia de este principio significa la necesaria consideración durante el lanzamiento (aun cuando se realice en satisfacción de derechos —humanos y fundamentales, no puede olvidarse— del demandante) de los derechos humanos que asisten al ocupante y su ponderación respectiva al determinar los medios y formas de ejecución. En esta ponderación se debe tener en cuenta no sólo que el lanzamiento no puede dejar personas sin hogar (cuestión ya analizada)<sup>236</sup> sino que en su realización material (una vez resuelta la cuestión del alojamiento alternativo) no se debe restringir de forma inútil, innecesaria o desproporcionada cualquiera de los derechos protegidos por los Pactos internacionales de derechos humanos.

Es ésta, en definitiva, una exigencia de control de las circunstancias concurrentes en cada desalojo para seleccionar los medios menos gravosos que permitan conseguir el objetivo propuesto. Por ejemplo, los *Principios y Directrices sobre desalojos por motivos de desarrollo* (2007) han afirmado que «Los desalojos no deben realizarse con tiempo inclemente, por la noche, durante los festivales o las fiestas religiosas, antes de las elecciones o durante o justo antes de los exámenes en las escuelas» (§ 49)<sup>237</sup>.

«Para asegurar la protección del derecho humano al más alto nivel posible de salud física y mental, todas las personas desalojadas que estén heridas y enfermas, así como las personas con discapacidad, deben recibir los cuidados y atención médica necesarios en la mayor medida que sea factible y con el menor retraso posible, sin distinción por motivos no médicos. En los casos necesarios las personas desalojadas deben tener acceso a los servicios psicológicos y sociales. Es necesario prestar atención especial a: a) las necesidades de salud de las mujeres y los niños, en particular el acceso al personal sanitario femenino en los casos necesarios y a servicios tales como la atención de la salud reproductiva y el asesoramiento

---

párrafo. 90. El PRESIDENTE (SR. Alston, Australia), tomando la palabra a título personal, dice que aunque el término “proporcionalidad” se usa en las versiones en inglés y en francés del Convenio Europeo de Derechos Humanos, está de acuerdo con el Sr. Pillay en que los anglosajones que desconocen ese Convenio utilizarán siempre el término “razón”. Una solución podría ser suprimir esa palabra en la versión en francés solamente. 91. Así queda acordado» (*Acta resumida de los debates del Comité*, 16.º periodo de sesiones; 4.ª sesión, de 29 de abril de 1997, E/C.12/1997/SR.4, publicado el 26 de junio de 1997).

<sup>236</sup> Véase la primera parte de este trabajo.

<sup>237</sup> Doc. ONU: A/HRC/4/18/Anexo I, § 49.

apropiado para las víctimas de los abusos sexuales y de otro tipo; b) asegurar que los tratamientos médicos en curso no se interrumpan como consecuencia del desalojo o la reubicación; y c) la prevención de las enfermedades contagiosas e infecciosas, en particular el VIH/SIDA, en los lugares adonde hayan sido trasladadas» (§ 54).

### 5.º Exigencia de garantías procedimentales o instrumentales

La prohibición de que los desalojos dejen personas sin hogar y la exigencia de proporcionalidad en su realización (ponderando los derechos humanos en juego) requiere un procedimiento de desalojo que permita cumplir con tales exigencias. Los diversos órganos del Sistema de Naciones Unidas han ido concretando algunas de tales exigencias procedimentales. Las fuentes que analizamos no distinguen siempre entre desalojo judicial y administrativo<sup>238</sup>, por lo que, en principio, cuando exponen las diferentes garantías procedimentales se refieren a ambas formas de desalojo.

Las garantías procesales fueron enumeradas en la Observación General núm. 7:

«Aunque la debida protección procesal y el proceso con las debidas garantías son aspectos esenciales de todos los derechos humanos, tienen especial pertinencia para la cuestión de los desalojos forzosos que guarda relación directa con muchos de los derechos reconocidos en los pactos internacionales de derechos humanos. El Comité considera que entre las garantías procesales que se deberían aplicar en el contexto de los desalojos forzosos figuran: a) una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; b) un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo; c) facilitar a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las tierras o las viviendas; d) la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando éste afecte a grupos de personas; e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo; f) no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento; g) ofrecer recursos jurídicos; y h) ofrecer asistencia jurídica

---

<sup>238</sup> Como señala la Observación General núm. 9 del CEDSC (1998), «corresponde a cada Estado Parte decidir el método concreto para dar efectividad a los derechos del Pacto en la legislación nacional», si bien «los medios utilizados deben ser apropiados en el sentido de producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento de las obligaciones por el Estado Parte» (§ 5).

siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales» (O. G. núm. 7, § 15).

Todas ellas fueron asumidas en el informe del relator especial dedicado a los desalojos forzosos (2004)<sup>239</sup>.

Fuera del listado anterior, pero también con naturaleza procedimental, la OG núm. 7 señala la exigencia de ofrecer tutela jurídica a las personas desalojadas:

«Deberían establecerse recursos o procedimientos legales para los afectados por las órdenes de desalojo. Los Estados Partes deberán velar también por que todas las personas afectadas tengan derecho a la debida indemnización por los bienes personales o raíces de que pudieran ser privadas. A este respecto conviene recordar el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que exige a los Estados Partes que garanticen “un recurso efectivo” a las personas cuyos derechos hayan sido violados y que “las autoridades pertinentes” cumplan “toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”» (OG núm. 7, § 13).

Aunque esta exigencia adquiere especial relevancia cuando se trata de desalojos administrativos (*judicial review*) puede aplicarse a la necesidad de revisión judicial (aun cuando sea con carácter no devolutivo) de aquellas decisiones adoptadas en el curso del proceso de ejecución, sea de forma expresa, mediante resoluciones procesales (sobre todo si éstas se han adoptado sin contradicción de partes o por quienes no ostenten en el seno del tribunal la condición de jueces —decretos de concreción de medidas ejecutivas—), sea de forma implícita a través de los actos materiales de ejecución (—mediante las actividades de desalojo a cargo de la Comisión judicial—)<sup>240</sup>.

---

<sup>239</sup> E/CN.4/2004/48, § 17.

<sup>240</sup> Como señala la Observación General núm. 9 del CEDSC (1998), «En general, las normas internacionales sobre derechos humanos jurídicamente vinculantes deben operar directa e inmediatamente en el sistema jurídico interno de cada Estado Parte, permitiendo así a los interesados reclamar la protección de sus derechos ante los jueces y tribunales nacionales. [...]. La existencia y el desarrollo de los procedimientos internacionales para atender las reclamaciones individuales son importantes, pero, en última instancia, tales procedimientos sólo vienen a complementar los recursos nacionales efectivos» (HRI/GEN/1/Rev.7, § 4). Ello se deriva tanto de la exigencia del art. 2 del PIDESC que exige a los Estados parte que den efectividad «por todos los medios apropiados» a los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en él mismo, y a un Estado le resultará muy difícil probar que el acceso a los Tribunales no es un medio apropiado o que es sustituible por otros mecanismos pues los demás medios pueden resultar ineficaces si no se refuerzan o complementan con recursos judiciales (Observación General núm. 9, § 3). Además del art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según

En los *Principios y Directrices sobre desalojos por motivos de desarrollo (2007)* se hace referencia a otra protección procedimental que exige la suspensión del desalojo en el supuesto de haberse interpuesto un recurso en vía judicial: «Los Estados deben asegurar que las personas, los grupos y las comunidades estén protegidos contra los desalojos durante el periodo en que su caso particular esté bajo examen en un órgano jurídico nacional, regional o internacional» (§ 36).

Las distintas garantías que hemos analizado para que el desalojo pueda considerarse conforme al derecho internacional de los Derechos Humanos pueden sistematizarse en función del momento procesal en que resultan exigibles. De este modo, podemos distinguir entre aquellas garantías que se despliegan con carácter previo a la diligencia de lanzamiento de aquellas otras que tienen lugar durante su desarrollo y, finalmente, de aquellas que se manifiestan cuando la diligencia de lanzamiento ya ha concluido. Hay que advertir, no obstante, de lo relativo de esta clasificación: existen garantías que se resisten a ser ubicadas en un momento procesal determinado<sup>241</sup>.

A. Garantías procedimentales previas a la diligencia de lanzamiento.

a. Consulta con las personas afectadas para evitar o minimizar el recurso a la fuerza.

A esta exigencia alude la Observación General núm. 7 tanto el su párrafo 13, centrado con preferencia (aunque no de modo excluyente) en los desalojos

---

el cual «Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley» en relación con el art. 10.2 de nuestra Constitución hacen la conclusión inevitable.

<sup>241</sup> Hay que advertir, no obstante, del carácter relativo de esta distinción pues, como veremos, existen garantías que afectan a toda la actividad procesal, sea cual sea el momento de desarrollo de la diligencia de lanzamiento en que nos encontremos; por ejemplo, la garantía de acceso a vías jurídicas de impugnación se refiere a la impugnación de la actividad procesal irregular sea cual sea el momento en que se produzca; del mismo modo, la prohibición de que el desalojo deje personas sin hogar supone que el tribunal tenga presentes, antes de iniciar la diligencia de lanzamiento, las condiciones que pueden conducir a tal resultado, prevea con antelación los medios necesarios para evitarlo, implemente dichos medios durante la diligencia y, una vez terminada, que se ha conseguido el resultado exigido (evitar que las personas desalojadas queden sin hogar).

colectivos realizados al margen del proceso judicial<sup>242</sup>, como en su párrafo 15, en relación con las garantías propias del desalojo en sede judicial:

«Antes de que se lleve a cabo cualquier desalojo forzoso, en particular los que afectan a grandes grupos de personas, los Estados Partes deberían velar por que se estudien en consulta con los interesados todas las demás posibilidades que permitan evitar o, cuando menos, minimizar la necesidad de recurrir a la fuerza. Deberían establecerse recursos o procedimientos legales para los afectados por las órdenes de desalojo [...]. » (§ 13).

«El Comité considera que entre las garantías procesales que se deberían aplicar en el contexto de los desalojos forzosos figuran: a) una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas [...]» (§ 15).

La exigencia de una «oportunidad de consultar a las personas afectadas», aplicada a la ejecución jurisdiccional supone que el demandado debe tener la oportunidad de ser oído sobre las consecuencias del desalojo para sus derechos, de modo que sus alegaciones puedan ser tenidas en cuenta (con consideración del principio de proporcionalidad y demás garantías que deben acompañar el desalojo) para dictar las resoluciones correspondientes en el curso de la ejecución o para actuar en consecuencia durante el acto material de lanzamiento. Es decir, esta garantía es perfectamente coherente con la noción que hemos sostenido de la ejecución forzosa (y del lanzamiento en cuanto fase del mismo) como un verdadero proceso en el que debe regir el principio de audiencia bilateral.

Debe notarse que la consulta tiene una finalidad instrumental para determinar las consecuencias reales que el desalojo puede producir en los derechos relativos a la vivienda de los ocupantes. Para que pueda ser así, debe darse oportunidad a los ocupantes a que puedan exponer su situación (socioeconómica, familiar...) y la incidencia sobre sus derechos del lanzamiento programado. No obstante, según nuestro parecer, tal exigencia de consulta no exime al tribunal de la

---

<sup>242</sup> «Los Estados Partes deberían velar por que se estudien en consulta con los interesados todas las demás posibilidades que permitan evitar o, cuando menos, minimizar la necesidad de recurrir a la fuerza» (Observación General núm. 7, § 13). Esta obligación se intensifica cuando se trata de desalojos masivos. Vid. debate de la Observación General sobre el (entonces) párrafo 14 (hoy 13) (sesión de 14 de mayo de 1997 dedicada a los apartados 3, 7 a 21, 16.º periodo de sesiones, acta resumida E/C.12/1997/SR.22 §§ 1ª 93, publicada el 24 de noviembre de 1997).

consideración de oficio de las medidas pertinentes para evitar o minimizar los efectos del desalojo sobre los derechos humanos de los ocupantes que se deriva directamente del principio de proporcionalidad y de la prohibición de que el desalojo deje personas sin hogar.

La exigencia de oír al ocupante (al menos sobre sus circunstancias y, en su caso, sobre la regularidad del desalojo al que está sometido) aboga por una utilización activa del tiempo procesal previo a la diligencia de lanzamiento (el tiempo anterior a la fecha señalada para el lanzamiento en nuestro sistema —que no es tiempo de suspensión del lanzamiento<sup>243</sup>—) mediante una actividad de preparación (y evitación) del lanzamiento. Durante este periodo, al amparo de los amplios términos del art. 703.1 LEC (que se refiere a la actividad a desarrollar como «lo que proceda») será posible una gestión del lanzamiento mediante el empleo de técnicas autocompositivas (potenciando —con apoyo de las autoridades— distintas formas de negociación entre demandante y demandado) y de las técnicas de cooperación propias de los servicios sociales (que intervendrían en el marco del proceso al amparo de una solicitud en tal sentido formulada por el tribunal ejecutor), sin perjuicio de corresponsabilizar al ocupante en la resolución de su situación, con el objetivo común de facilitar una solución habitacional digna para el ocupante que ha de ser desalojado.

En este sentido, el Grupo Internacional Asesor sobre desalojos forzosos (AGFE), en su informe dirigido a la Directora General de ONU-Hábitat afirma:

«una gran mayoría de los desalojos han sido ejecutados en cumplimiento de decisiones judiciales basadas en las legislaciones locales que no reflejan las normas internacionales de derechos humanos. [...] Es fundamental instar enérgicamente al poder judicial a que adopte las medidas necesarias para brindarles protección contra los desalojos *basándose en la participación efectiva, las consultas y las negociaciones con las personas afectadas*. Los jueces deben prestar debida atención a estas prácticas al cumplir con sus responsabilidades y tomar las medidas necesarias para persuadir a los gobiernos

---

<sup>243</sup> Vid. infra. parte cuarta.

de evitar los desalojos y garantizar soluciones y compensaciones adecuadas cuando vengan a ocurrir»<sup>244</sup>.

La consulta podría concretarse, por ejemplo, en el requerimiento dirigido por el tribunal a los ocupantes del inmueble (como parte de su deber de acordar «lo que proceda» para realizar el lanzamiento, es decir, como parte de su potestad de ejecutar lo juzgado) a que manifiesten su situación ante los servicios sociales, de vivienda, de menores o sanitarios, entre otros, requiriendo simultáneamente a dichos servicios a que faciliten las reuniones oportunas y a que elaboren, a partir de las mismas y de cualquier otra información pertinente, los informes sobre la situación de los ocupantes, las consecuencias del desalojo sobre tal situación, los recursos disponibles para evitar dichas consecuencias, el periodo de tiempo necesario para abordar la situación, los compromisos que deberían, en su caso, asumir los ocupantes, la posible cooperación de las Administraciones públicas, etc. A raíz de los informes el tribunal podrá aprobar las medidas de ejecución necesarias.

b. Un aviso de desalojo dirigido a todas las personas afectadas con antelación suficiente y razonable respecto de la fecha prevista para el desalojo.

En este sentido, los *Principios y Directrices sobre desalojos por motivos de desarrollo (2007)* establecen:

«Cualquier decisión relacionada con los desalojos debe anunciarse por escrito en el idioma local a todas las personas afectadas, con suficiente antelación. El aviso de desalojo debe contener una justificación detallada de la decisión, en particular sobre: a) la ausencia de alternativas razonables; b) todos los detalles de la alternativa propuesta; y c) cuando no hay alternativas, todas las medidas adoptadas y previstas para reducir al mínimo los efectos perjudiciales de los desalojos» (§ 41).

---

<sup>244</sup> El subrayado es nuestro. La cita es del informe elaborado por el citado grupo con el título «Encontrar soluciones a los desalojos forzosos en todo el mundo: Una prioridad para alcanzar los Objetivos de Desarrollo del Milenio (MDGs) y garantizar el cumplimiento de la Agenda de Hábitat. Resumen Ejecutivo del Informe del Grupo Asesor sobre Desalojos Forzosos (AGFE) a la Directora Ejecutiva de UN-HABITAT», abril de 2007, [accesible en Internet \(http://www.unhabitat.org\)](http://www.unhabitat.org), pág. 7 (traducción no oficial del «Executive Summary Record of the Advisory Group on Forced Evictions (AGFE) to the Executive Director of UN-HABITAT», por Josep María Torrents y Marta Gonzalvo González e Inés Macchi)

Como puede comprobarse, no se trata (sólo) de un mero aviso para ofrecer seguridad jurídica a los ocupantes ofreciéndoles el dato de la fecha cierta en que se verán forzados a salir de la vivienda. El aviso debe ofrecer a los ocupantes la información necesaria sobre la existencia de alternativas al desalojo forzoso o, en todo caso, de no existir alternativas, las razones de ello así como los medios previstos para reducir la mínimo los efectos del desalojo<sup>245</sup>. En este sentido, el aviso se relaciona íntimamente con la actividad de consulta al ejecutado a la que hemos hecho referencia en el apartado anterior y con los mecanismos de lanzamiento mediante las técnicas autocompositivas y de cooperación que también hemos mencionado. Finalmente, el aviso es un instrumento expresivo de las garantías que se ofrecen al ejecutado para reducir el efecto del desalojo sobre otros bienes no afectados por la ejecución. De este modo, no sólo se incrementa la seguridad jurídica del ocupante, al darle a conocer el «plan de la ejecución», sino que se favorece su cooperación en la misma y las posibilidades de evitar los resultados adversos contrarios a los derechos humanos.

En cuanto a la extensión del preaviso, el proyecto de O. G. núm. 7 la fijaba en un mínimo de 60 días, concreción que fue eliminada en la versión definitiva.

### c. Garantía de acceso a la defensa jurídica

Según los *Principios y Directrices sobre desalojos por motivos de desarrollo* (2007): «Los Estados deben garantizar que cualquier persona que afirme que haya sido violado su derecho a la protección contra los desalojos forzosos o esté amenazada de violación disponga de recursos jurídicos eficaces» (§ 17) y, más adelante que «Todas las decisiones definitivas [sobre el desalojo] deben ser objeto de un examen administrativo y judicial. Se debe garantizar a las partes afectadas el acceso oportuno a la asistencia letrada, gratuita en caso necesario» (§ 41). La Observación General núm. 7 afirma que «[...] las autoridades competentes deberán garantizar que [...] las personas afectadas dispongan de todos los recursos jurídicos

---

<sup>245</sup> O la razón por la que no se consideran necesarios por haberse valorado que el ocupante dispone de recursos suficientes y no se encuentra en situación vulnerable.



apropiados.» (§ 11) y también alude, más genéricamente, a la garantía procesal consistente en «Ofrecer recursos jurídicos» (§ 15.g).

La referencia a los recursos jurídicos comprende tanto la disponibilidad de asistencia profesional, en su caso gratuita, como las posibilidades de impugnación frente a la actuación de desalojo. En el primer sentido, la garantía puede clasificarse claramente entre las exigencias previas a la diligencia de desalojo, por cuanto puede hacerse efectiva desde el primer momento del proceso de ejecución (incluso antes de comenzar la fase de lanzamiento, durante la fase de despacho), sin perjuicio de que solicitada con posterioridad también pueda obtenerse. Requiere esta garantía tanto la posibilidad de nombrar abogado y procurador (exigencia legal para comparecer en nuestro sistema de ejecución en los casos contemplados en el art. 539.1 LEC) como su designación de oficio careciendo de recursos (posibilidad garantizada por el art. 6.3 LAJG, aun cuando sólo para aquellos casos en tal asistencia sea obligatoria), en su caso mediante una solicitud de designación a cargo del tribunal cuando se deba «asegurar de forma inmediata los derechos de defensa y representación de las partes, y alguna de ellas manifestara carecer de recursos económicos» (art. 21 LAJG)<sup>246</sup>.

La garantía reclama, en el segundo sentido expuesto, la existencia de medios de impugnación adecuados frente a las actuaciones de desalojo. Esto requiere que todas las decisiones relativas al desalojo (incluidas las manifestadas mediante vías de hecho) sean sometidas a una revisión con todas las garantías propias del proceso (incluida la independencia del tribunal y la audiencia de las partes). Podría pensarse que esta exigencia sólo afecta al desalojo realizado en vía administrativa y no a la actividad de desalojo jurisdiccional (en el que tal garantía estaría satisfecha al

---

<sup>246</sup> Las Directrices de Maastrich (1997), al tratar de la función de las profesiones legales en relación con los derechos económicos, sociales y culturales establecen que «Con el fin de establecer recursos legales y de otra índole eficaces para las víctimas de violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, los abogados, jueces, adjudicadores, asociaciones de abogados y la comunidad legal en general deberían prestar mucha más atención a dichas violaciones en el ejercicio de sus profesiones, tal como lo recomienda la Comisión Internacional de Juristas en la Declaración de Bangalore y el Plan de Acción de 1995» (§ 28). La Declaración de Bangalore y el Plan de Acción citados fueron aprobados por la *Conferencia sobre el papel de los juristas en relación con los Derechos Económicos Sociales y Culturales* convocada por la Comisión Internacional de Juristas en Bangalore, India, los días 23 a 25 de octubre de 1995.

realizarse el lanzamiento por un tribunal y mediante un proceso). Sin embargo, como hemos expuesto, en el proceso de ejecución tiene características específicas (al servicio de la garantía de eficacia) que determinan la adopción de resoluciones *inaudita parte* así como la adopción de resoluciones por miembros del tribunal no dotados de independencia (decretos de concreción de medidas ejecutivas adoptadas por el secretario judicial). Estas características deben articularse con las exigencias de acierto consustanciales a toda actuación jurisdiccional lo que ocurre mediante el establecimiento de recursos (y, muy señaladamente, recursos de revisión ante el juez) contra las decisiones adoptadas por el secretario judicial.

La fase procesal de lanzamiento proporciona en nuestro ordenamiento diversos recursos que permiten impugnar la ejecución tanto por apartarse de lo previsto en el título (art. 563 LEC) como por apartarse de lo establecido en la ley procesal —incluida la proporcionalidad debida a las decisiones del tribunal— (art. 562 LEC), quedando siempre el acceso, de modo subsidiario a dichos recursos, al mecanismo de nulidad de actuaciones o a la vía de amparo constitucional (arts. 228 LEC y 52 LOTC). La disponibilidad de medios de impugnación no se limita sólo a la etapa previa al desarrollo de la diligencia de lanzamiento sino que comprende la totalidad de la actividad procesal de desalojo.

#### B. Garantías desplegadas durante la diligencia de desalojo.

a. La presencia de funcionarios del gobierno o de sus representantes en el desalojo, especialmente cuando éste afecte a grupos de personas.

Según los *Principios y Directrices sobre desalojos por motivos de desarrollo* (2007): «Los requisitos de procedimiento para garantizar el respeto de las normas de derechos humanos incluyen la presencia obligatoria durante los desalojos de funcionarios gubernamentales o de sus representantes en el lugar» (§ 45).

El lanzamiento no puede ser dirigido por sujetos privados o ajenos al tribunal. El poder público con potestad para restringir (con las garantías que estamos tratando) el derecho a la vivienda tiene el deber de asumir el control de la actividad de

lanzamiento, así como el deber de garantizar el respeto a los derechos fundamentales en juego, impidiendo, por otra parte, que una confusión de funciones diluya las responsabilidades en caso de actuación irregular.

Esta exigencia aboga por la dirección de la diligencia en todo momento por la Comisión judicial actuando, a su vez, en virtud de un mandamiento detallado (acorde con la orden general de ejecución y los decretos de concreción de medidas ejecutivas). Los demás agentes (públicos y privados) que puedan intervenir en el lanzamiento deben quedar sometidos estrictamente a la Comisión.

b. La identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo.

Según los *Principios y Directrices sobre desalojos por motivos de desarrollo* (2007) «Los funcionarios gubernamentales, sus representantes y las personas que ejecutan el desalojo deben identificarse a las personas que van a ser desalojadas y presentar una autorización oficial para el desalojo»<sup>247</sup>.

A la Comisión judicial corresponderá hacer constar la identidad de todos los que intervienen en el lanzamiento, la función que van a desempeñar en él y el alcance previsto (así como el resultado) de su efectiva intervención. Debe informarse de esta identidad a los ocupantes que van a ser desalojados.

c. La moderación del uso de la fuerza durante el desalojo.

La necesidad de minimizar el uso de la fuerza empleada durante el desalojo es mencionada en el párrafo 13 de la Observación General núm. 7, antes transcrito, que, si bien no se refiere expresamente a desalojos judiciales, tampoco los excluye. En este mismo sentido, la O. G. 7 afirma que «los desalojos no deberían realizarse de una forma que viole la dignidad y los derechos humanos a la vida y a la seguridad de las personas afectadas» y que «Cualquier uso legal de la fuerza debe respetar los principios de la necesidad y la proporcionalidad, así como los

---

<sup>247</sup> Vid. *Principios y Directrices sobre desalojos por motivos de desarrollo* (2007), cit., § 45). En el mismo sentido, Observación General núm. 7 (1997), cit., § 15.

*Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley* y el código de conducta nacional o local que corresponda a las normas internacionales de aplicación de la ley y de los derechos humanos».

Según los *Principios y Directrices sobre desalojos por motivos de desarrollo* (2007) «Los Estados y sus agentes deben adoptar medidas para garantizar que nadie sea objeto de ataques directos o indiscriminados u otros actos de violencia, especialmente dirigidos contra las mujeres y los niños, o privado arbitrariamente de sus bienes o posesiones a causa de la demolición, el incendio intencionado y otras formas de destrucción deliberada, negligencia o cualquier forma de castigo colectivo. Los bienes y las posesiones abandonados involuntariamente deben protegerse contra la destrucción y la apropiación, la ocupación o el uso arbitrarios e ilegales» (§ 50). La terminología empleada se explica, obviamente, por el supuesto de hecho que estas directrices contemplan directamente (desalojos masivos por motivos de desarrollo), pero es indudable también que son aplicables, *mutatis mutandis*, a todos los supuestos de desalojo.

En este contexto, se debe mencionar el *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*, adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979, cuyo artículo 2 establece que «En el desempeño de sus tareas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas». Entre las obligaciones específicas se recoge la de «usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas» (art. 3), la de mantener en secreto «las cuestiones de carácter confidencial de que tengan conocimiento» (art. 4) o la de asegurar «la plena protección de la salud de las personas bajo su custodia y, en particular, tomarán medidas inmediatas para proporcionar atención médica cuando se precise» (art. 6)<sup>248</sup>.

---

<sup>248</sup> Puede servir de modelo el art. 552 LECrim según el cual «al practicar los registros deberán evitarse las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario, y se adoptarán todo género de precauciones para no comprometer su reputación, respetando sus secretos si no interesaren a la instrucción».

d. Consideración de las circunstancias de tiempo y lugar en que se efectúa el desalojo.

Determinadas circunstancias temporales o ambientales pueden influir en los derechos fundamentales de las personas desalojadas, afectando a su salud (o incluso a su vida), así como a otros derechos humanos. Por esta razón, la O. G. núm. 7 sobre desalojos forzosos (1997) afirma que se deben evitar los desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche (salvo que las personas afectadas den su consentimiento)<sup>249</sup>. Con mayor amplitud, los *Principios y Directrices sobre desalojos forzosos* (2007) sostienen que «los desalojos no deben realizarse con tiempo inclemente, por la noche, durante los festivales o las fiestas religiosas, antes de las elecciones o durante o justo antes de los exámenes en las escuelas»<sup>250</sup>. Se protege con ello derechos fundamentales vinculados a la vivienda como la salud o integridad física (mal tiempo), la seguridad (desalojo nocturno), el derecho al voto (desalojo en fechas de elecciones), el derecho a la educación (desalojo en fechas de exámenes), el derecho a la libertad de culto (desalojo en festividades religiosas), etc.

e. Protección a los más débiles durante el lanzamiento

Según la Observación General núm. 7, sobre desalojos forzosos (1997): «Las mujeres, los niños, los jóvenes, los ancianos, los pueblos indígenas, las minorías étnicas y de otro tipo, así como otros individuos y grupos vulnerables, se ven afectados en medida desproporcionada por la práctica de los desalojos forzosos. En todos estos grupos las mujeres son particularmente vulnerables [...] a los actos de violencia y abuso sexual cuando se quedan sin hogar» (O. G. núm. 7, § 10); según los *Principios y Directrices sobre desalojos* (2007) «Los Estados deben adoptar medidas para garantizar que las mujeres no sean objeto de violencia ni discriminación de género durante los desalojos, y que se protegen los derechos humanos de los niños» (§ 47)<sup>251</sup>.

---

<sup>249</sup> Observación General núm. 7, (1997), cit., § 15, letra f).

<sup>250</sup> *Principios y Directrices sobre desalojos por motivos de desarrollo*, cit., § 49.

<sup>251</sup> *Ibidem*, § 47.

La correcta satisfacción de esta garantía requerirá, en muchas ocasiones, la suspensión o interrupción de la diligencia de lanzamiento de no haberse previsto los recursos adecuados para realizar el lanzamiento sin vulnerar los derechos humanos de los más débiles. La adecuada preparación de la diligencia, garantizando la presencia de administraciones especializadas, evitará la dilación correspondiente a toda suspensión (que puede, a su vez, vulnerar el derecho a proceso con todas las garantías que asiste al ejecutante y, en particular, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas).

f. Evitar toda forma de discriminación.

El lanzamiento requiere la adopción de decisiones, sobre todo durante el propio desarrollo de la diligencia de lanzamiento (aunque no exclusivamente), en las que fácilmente pueden manifestarse determinados prejuicios. Las disposiciones de no discriminación del Pacto imponen a los gobiernos la obligación adicional de velar por que no se produzca ningún tipo de discriminación. En este sentido, se afirma que «Las disposiciones contra la discriminación del párrafo 2 del artículo 2 y del artículo 3 del Pacto imponen a los gobiernos la obligación adicional de velar por que, cuando se produzca un desalojo, se adopten medidas apropiadas para impedir toda forma de discriminación» (O. G. 7, § 10)<sup>252</sup>.

La documentación de la actividad de lanzamiento a cargo de la Comisión judicial, en su caso con el apoyo en medios audiovisuales, podría servir en muchos casos de prevención y, en caso contrario, permitirá la reclamación correspondiente. La asistencia jurídica, en su caso gratuita, cobrará en este momento especial relevancia. La misma afirmación cabe hacer en caso de desconocimiento del idioma por parte de los ocupantes extranjeros, siendo en tal caso imprescindible la presencia de un intérprete como parte esencial de esta garantía contra la discriminación.

C. Garantías desplegadas tras la diligencia de desalojo

---

<sup>252</sup> En su cuarto informe, dedicado a los desalojos forzosos el relator especial Miloon Kothari se ocupó de los desalojos y la discriminación (vid. UN. doc. E/1992/23, de 13 de dic de 1991, § 16).

a. Derecho a ser indemnizado por la actividad realizada indebidamente.

En el párrafo 15 de la Observación General núm. 7 se establece el derecho a una indemnización con motivo del desalojo. Dado que las garantías señaladas en el párrafo 15 están referidas al proceso para el desalojo, el daño indemnizable se refiere a aquellos daños que, según el principio de proporcionalidad, no deba soportar el ejecutado<sup>253</sup>. Es, por consiguiente, una garantía de resarcimiento frente a la vulneración de las demás garantías ya enumeradas: por ejemplo, los daños derivados de un uso excesivo de fuerza sobre las cosas o personas (con destrucción de bienes o lesiones), vulneración de la intimidad, etc.

b. Exigencia de que no queden personas sin hogar como consecuencia del desalojo.

La exigencia de que el desalojo no deje personas sin hogar puede requerir que con carácter previo a la diligencia de lanzamiento el tribunal valore la falta de recursos del demandado (económicos, sociales, familiares o de otro tipo) para hacer frente a la situación habitacional resultado del lanzamiento y la vulneración de derechos

---

<sup>253</sup> Durante los debates del proyecto de observación general se discutió sobre el alcance y sentido de la indemnización debida a los sujetos desalojados: «19. El Sr. ADEKUOYE (Nigeria) pregunta si los ocupantes ilegales que se han apoderado de una propiedad, pese a reiteradas advertencias en sentido contrario, tienen derecho a una indemnización al ser desalojados. 2. El PRESIDENTE (Sr. Alston, Australia) dice que existe la obligación de no destruir innecesariamente los bienes pertenecientes a las personas desalojadas. Si esas personas, evidentemente, no disponen de otros medios para obtener cobijo, el acto de desalojamiento deberá coincidir con medidas mínimas apropiadas para facilitarles otro. La obligación de proporcionar una indemnización por los daños que puedan sufrir los bienes recae en el Estado, no en las personas cuyas propiedades fueron ocupadas. 21. El Sr. TEXIER (Francia) dice que debe reiterarse el principio de la indemnización por los daños a los bienes de las personas. Sin embargo, los Estados Partes deben ocuparse de esta cuestión caso por caso. 22. El Sr. PILLAY (Jamaica) dice que, aunque se desaloje por la fuerza a alguien de un lugar que ha ocupado ilegalmente, se deberá pagar una indemnización adecuada por cualesquiera daños causados a los bienes reales o personales durante el desalojamiento. 23. El PRESIDENTE conviene con el Sr. Texier en que la cuestión debe dejarse a la legislación nacional, pero en la observación general debe enunciarse el principio de la indemnización» (*Acta resumida de los debates del Comité*, 16 periodo de sesiones, 6.ª sesión, 31 de abril de 1997, doc. ONU: E/C.12/1997/SR.6 —publicado el 3 de julio de 1997—, §§ 19 a 52). El debate sobre este punto se reanudó brevemente en la última sesión de debates: «52. El Sr. SADI recuerda que el párrafo 14 [15 en la versión publicada] trata de todas las formas de desalojo, incluidos los desalojos legales, y desearía que se aclarase el sentido de la tercera frase en el caso de los desalojos legales. 53. El Sr. PILLAY declara, en respuesta al Sr. Sadi, que todo desalojo, ya sea legal o no, puede justificar una indemnización si los bienes de la persona afectada han sufrido daños durante el desalojo» (*Acta resumida de los debates del Comité*, 16 periodo de sesiones, 22.ª sesión, 14 de mayo de 1997, doc. ONU: E/C.12/1997/SR.22, §§ 1 a 93).

que puede conllevar; podrá así ocuparse de adoptar las medidas que correspondan para que el lanzamiento se consuma sin detrimento de este derecho (lo que, por lo general, comprenderá la intervención de Administraciones especializadas). Sin embargo, puede ocurrir que no se realice actividad previa alguna (algo que necesariamente ocurrirá en los supuestos de lanzamiento directo) en cuyo caso será durante el curso de la propia diligencia cuando el tribunal perciba las posibles consecuencias ilícitas del desalojo, debiendo entonces proceder a la interrupción de la diligencia de modo que pueda subsanarse tal carencia evitando el resultado prohibido por el derecho internacional de los derechos humanos. Pero también en el momento posterior a la diligencia de lanzamiento, una vez el desalojo se ha consumado, la prohibición de dejar personas sin hogar continúa vinculando a los poderes públicos incluyendo al propio tribunal. Al tribunal que corresponde la potestad jurídico-pública de lanzamiento le corresponde asimismo la de protección de los derechos humanos que resulten afectados por su ejercicio garantizando que se implementan las medidas ordenadas: el traslado de los sujetos desalojados a los centros convenidos o la obtención de la asistencia acordada, por ejemplo.

Esta garantía, por consiguiente, si bien referida a una realidad posterior a la consumación de la diligencia de lanzamiento (realidad que debe evitarse: que el desalojo deje personas sin hogar), condiciona la totalidad de la actividad de lanzamiento desde su fase inicial de preparación de la diligencia (al valorar la situación del ocupante, considerar la posibilidad de dicho resultado prohibido y adoptar las medidas oportunas para prevenirlo), pasando por la fase de desarrollo de la diligencia (en que deben adoptarse las medidas previstas o interrumpir la diligencia en caso de su insuficiencia) e, incluso, el momento posterior a la consumación del lanzamiento (garantizando que se implementan las medidas en garantía del derecho a la vivienda que la diligencia de lanzamiento puso en marcha).





## CAPÍTULO SEGUNDO

### Ámbito europeo de protección (Consejo de Europa y Unión Europea)

- 
1. La protección a la vivienda en el Convenio Europeo de Derechos Humanos ([625](#))
  2. Jurisprudencia del TEDH sobre desalojos. ([629](#))
    - 2.1. Desalojos de vivienda por razones de interés público. . . . . [629](#)
    - 2.2. Desalojos de vivienda en ejecución de derechos de particulares.. . . . [645](#)
      - 2.2.1. Inejecución en amparo de necesidades sociales o colectivas. . . . . [647](#)
      - 2.2.2. Inejecución en amparo de derechos individuales.. . . . [659](#)
  3. La protección a la vivienda en la Carta Social Europea ([668](#))
  4. Interpretación y aplicación del derecho a la vivienda. ([671](#))
    - 4.1. Pronunciamientos del Consejo de Ministros del Consejo de Europa. . . . . [671](#)
    - 4.2. Mecanismo de informes de los Estados:.. . . . [672](#)
    - 4.3. Mecanismo de reclamaciones colectivas.. . . . [675](#)
  5. Mecanismos de vigilancia y promoción del Derecho a la vivienda. ([700](#))
    - 5.1. Comisario de Derechos Humanos.. . . . [700](#)
    - 5.2. Comités y Grupos de expertos.. . . . [703](#)
  6. Manifestaciones del derecho a la vivienda en la Unión Europea. ([705](#))
- 

#### **1. La protección a la vivienda en el Convenio Europeo de Derechos Humanos**

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)<sup>254</sup> no reconoce directamente el

---

<sup>254</sup> Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, abierto a la firma de los estados miembros del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y en vigor desde el 3 de septiembre de 1953. Firmado por España el 24 de noviembre de 1977 y ratificada el 4 de octubre de 1979. El Protocolo número 1 al CEDH (abierto a la firma el 20 de marzo de 1952 y en vigor desde 18 de mayo de 1954) incorpora, entre otros, el derecho a la propiedad privada. A partir de la entrada en vigor del Protocolo n.º 11, el 1 de noviembre de 1998, desapareció la Comisión de Derechos Humanos y el Comité de Ministros perdió sus funciones cuasi-jurisdiccionales; el TEDH se convirtió en un órgano permanente. Según el Protocolo n.º 11, el Tribunal se compone de un número de jueces igual al de Estados miembros; los jueces actúan en Comités de tres jueces para adoptar decisiones de inadmisibilidad; en Salas de 7 jueces que deben admitir los casos y resolver sobre el fondo y mediante la Gran Sala de 17 jueces: las Salas pueden inhibirse en favor de la Gran Sala en cualquier momento anterior a la sentencia cuando el caso afecte a la interpretación del Convenio y exista riesgo de jurisprudencia contradictoria; además, las sentencias de las Salas pueden ser revisadas por la Gran Sala en segunda instancia en casos excepcionales de especial importancia previa admisión por un comité de cinco jueces. El 1 de junio de 2010 entró en

derecho a la vivienda en cuanto derecho a disfrutar de un bien inmueble adecuado para satisfacer diversas necesidades vitales<sup>255</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha admitido que la vivienda está protegida por otros derechos humanos que sí están reconocidos expresamente en el Convenio, como el derecho a la propiedad y al disfrute de los propios bienes (art. 1 del Primer Protocolo al CEDH<sup>256</sup>) y el derecho a la tutela efectiva de los mismos (art. 6 CEDH<sup>257</sup>), o el

---

vigor el Protocolo n.º 14 según el cual el Tribunal, además de los órganos citados, puede funcionar como órgano unipersonal con competencia para acordar la inadmisibilidad de las reclamaciones presentadas por particulares; las Salas podrán conformarse por cinco jueces con competencia para resolver sobre el fondo en asuntos donde exista jurisprudencia asentada del Tribunal. El Comité de Ministros puede solicitar del Tribunal una resolución de la Gran Sala respecto al cumplimiento de una sentencia por un Estado parte; también puede solicitar al Tribunal aclaraciones sobre sus sentencias. El Pleno del tribunal tiene competencia para elaborar sus propias normas de procedimiento; en ejercicio de tal competencia, mediante la regla n.º 61 (en vigor desde el 1 de abril de 2011) reguló el denominado el procedimiento de sentencia piloto para aquellos supuestos en que los hechos del caso revelen un problema sistémico en el Estado demandado que afecte a gran número de personas (evidenciada en un gran número de procesos pendientes ante el Tribunal con idéntico o similar objeto). Mediante estos procedimientos el tribunal no sólo se pronuncia sobre la vulneración del convenio y las medidas de reparación correspondientes al caso concreto planteado, sino también sobre las medidas estructurales que el Estado demandado debe adoptar para evitar que surjan en el futuro casos similares y las medidas de reparación a adoptar para poner fin a los procesos pendientes. El Tribunal puede dejar en suspenso durante un tiempo determinado los procesos surgidos o que puedan surgir en la materia propia de la sentencia piloto, en tanto que el Estado implementa (en el plazo otorgado) algunas de las medidas indicadas por el Tribunal, pudiendo, sin embargo, continuar o reanudar en cualquier momento aquellos procesos en que lo requiera el interés de la justicia. El primer caso resuelto con este sistema fue del *caso Bronionski c. Polonia* [GS] de 22 de junio de 2004. Pronunciándose el Tribunal sobre las medidas adoptadas por el Estado en Sentencia de la Gran Sala de 28 de septiembre de 2005. Vid. SERMET, LAURENT, «L'obscur clarté de la notion prétorienne d'arrêt pilote», *Revue Générale de Droit International Public*, 2007, *passim*.

<sup>255</sup> El amparo directo del derecho a la vivienda corresponde en el ámbito europeo al otro texto elaborado en el seno del Consejo de Europa, la Carta Social Europea de 1961, cuya «versión revisada» fue abierta a la firma el 3 de mayo de 1996 y entró en vigor el 1 de septiembre de 1999. Esta disparidad de textos (y de las instituciones creadas para la tutela de los derechos en ella recogidos) reproduce en el ámbito europeo la disparidad de tratamiento que reciben los derechos civiles y políticos respecto de los económicos, sociales y culturales en el ámbito del Sistema de Naciones Unidas. En la versión originaria de la CSE de 1961 no se hacía referencia alguna al derecho a la vivienda, aunque se ha entendido amparada de modo indirecto mediante la protección social y jurídica de la familia: art. 16, el derecho al trato igual de los trabajadores emigrantes y sus familias: art. 19 o mediante la protección a personas en situación vulnerable: derecho de los ancianos a poseer una vivienda, reconocido en el cuarto protocolo a la Carta). La Carta Social Europea revisada reconoce en el art. 31 el derecho a la vivienda: «Con el objetivo de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la vivienda, las Partes se comprometen a adoptar medidas orientadas: 1. A promover el acceso a una vivienda de calidad adecuada. 2. A impedir y reducir los casos de personas sin hogar con el objetivo de eliminar esta situación paulatinamente; y 3. Hacer el precio de la vivienda accesible a quienes no tienen recursos suficientes».

<sup>256</sup> Reconocida en el art. 1 del Protocolo n.º 1 al CEDH: «Protección de la propiedad.— Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad

derecho a vida privada y familiar (art. 8 del CEDH)<sup>258</sup> y, por esta razón, ha entendido que su privación puede suponer una vulneración del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La Carta es, en este sentido, un mecanismo de protección indirecta de derechos no expresamente reconocidos (derecho a la vivienda, derecho al medio ambiente...) <sup>259</sup>.

Aunque el art. 10.2 CE sólo menciona expresamente el carácter vinculante de los convenios sobre Derechos Humanos para la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, el TC también ha atribuido dicho valor a la jurisprudencia del TEDH<sup>260</sup>. Como señala *CARRILLO SALCEDO*, las sentencias del

---

sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional. // Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas».

<sup>257</sup> «Derecho a un proceso equitativo.— 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. [...]»

<sup>258</sup> «Derecho al respeto de la vida privada y familiar.— Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. // No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás» (art. 8 CEDH).

<sup>259</sup> Vid. PASTOR PALOMAR, Antonio, «El sistema europeo: El consejo de Europa (I)», en AA. VV. (Casadevante Romani, Carlos Fernández, coord.), *Derecho internacional de los Derechos Humanos*, Dilex, Madrid, 2007, pág. 193). Un ejemplo de esta línea interpretativa es la STDH de 9 de diciembre de 1994 (caso López Ostra c. España) en que el TEDH protege el derecho a un medio ambiente adecuado a través de la protección del derecho a la vida privada y familiar; la Sra. López Ostra había alegado la vulneración de su derecho a la vida privada (art. 8 del CEDH) por los olores, ruidos y humos procedentes de una depuradora.

<sup>260</sup> La cuestión de la influencia de las sentencias del TEDH en la interpretación jurídica de los derechos fundamentales (no contemplada en el art. 10.2 CE) fue abordada por el TC en su sentencia 245/1991, de 16 de diciembre (Pleno; ponente: Miguel Rodríguez- Piñero y Bravo-Ferrer) relativa a la ejecución en España de la STEDH en el asunto *Barberá, Messegué y Jabardo c. España* (caso Bultó). El TEDH había declarado el incumplimiento por España del art. 6.1 del Convenio, no accediendo el Tribunal Supremo, para la ejecución de la sentencia citada, a anular la sentencia de la Audiencia Nacional mediante la que se producía, según el TEDH, la infracción del Convenio. En su sentencia, el Tribunal Constitucional afirma: «que el Convenio Europeo no obligue a España a reconocer en su ordenamiento jurídico interno la fuerza ejecutoria directa de las Sentencias del TEDH no implica la carencia de todo efecto interno de la declaración realizada por dicho Tribunal sobre la existencia de infracción de un derecho reconocido en el Convenio. Ha de tenerse en cuenta que el Convenio no sólo forma parte de nuestro Derecho interno, conforme al art. 96.1 de la CE, sino que además, y por lo que

TEDH tiene valor de cosa juzgada para los Estados condenados y de «cosa interpretada», con carácter *erga omnes*, para todos los Estados parte, por lo que «todos los Estados partes, y no sólo el demandado, tienen obligación jurídica de tomar en consideración la jurisprudencia de Estrasburgo (esto es, la de los órganos instituidos por el CEDH) en orden a la interpretación de las obligaciones que han asumido en materia de derechos humanos al ser partes en el Convenio»<sup>261</sup>.

La jurisprudencia del TEDH relacionada con desalojos de vivienda ha recaído en dos tipos de casos. Por una parte, en supuestos de desalojos de vivienda realizados por Administraciones públicas nacionales (con restricción del derecho a la vida privada y familiar —art. 8 CEDH— amparado en dicha vivienda) y justificados por las autoridades estatales en la defensa de los intereses generales (identificados con necesidades de ordenación del territorio o de protección del medio ambiente). Por otra parte, en supuestos de suspensión o dilación por las autoridades estatales de desalojos de vivienda ordenados por la autoridad judicial (con restricción del derecho a la tutele

---

aquí interesa, las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la CE, deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 C.), entre los que ocupa un especial papel el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. El TEDH es el órgano cualificado que tiene por misión la interpretación del Convenio, y sus decisiones son además obligatorias y vinculantes para nuestro Estado, cuando sea Estado demandado. De ello se sigue que, declarada por Sentencia de dicho Tribunal una violación de un derecho reconocido por el Convenio Europeo que constituya asimismo la violación actual de un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución, corresponde enjuiciarla a este Tribunal, como Juez supremo de la Constitución y de los derechos fundamentales, respecto de los cuales nada de lo que a ello afecta puede serle ajeno. Por tanto, ha de valorarse, en el plano de nuestro Derecho interno, si existen medidas para poder corregir y reparar satisfactoriamente la violación de ese derecho fundamental, en especial cuando se trata de la violación del derecho fundamental a la libertad del art. 17.1 CE, que sigue siendo actual y por ello no ser reparada por su equivalente económico [...] De este modo, la declaración de la violación del art. 6.1 del Convenio Europeo declarada por el TEDH, implica el hecho de la existencia y el mantenimiento de una condena penal impuesta con violación del derecho reconocido en el art. 24.2 CE, y, además, al tratarse de una pérdida de libertad impuesta sin la observancia de los requisitos formales exigidos por la Ley, resulta también lesivo del derecho fundamental a la libertad del art. 17.1 CE» (FJ 3). El TC ha llegado a utilizar como criterio interpretativo las resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ. 3). Vid. CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos Fernández, «Las normas internacionales de Derechos Humanos en el orden interno español», en AA. VV., *Derecho internacional de los Derechos Humanos*, cit., 2007, págs. 520 y sigs.

<sup>261</sup> CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, «El proceso de internacionalización de los derechos humanos. El fin del mito de la soberanía nacional (II); Plano regional: El sistema de protección instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», en AA. VV., *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI: seminario conmemorativo del 50 aniversario de la Declaración universal de los derechos humanos*, CGPJ, Madrid, 1999, págs. 47 a 76.

efectiva —art. 6 CEDH—, y del derecho de propiedad —art. 1 del primer protocolo al CEDH—) y justificados por las autoridades estatales bien en la tutela de intereses generales (para evitar que el desalojo de gran número de personas en situación de necesidad generase problemas de carácter social y de orden público), bien en la tutela de los derechos fundamentales de los ocupantes que iban a ser desalojados (fundamentalmente, su vida privada y familiar —art. 8 CEDH—). En ambos tipos de casos el TEDH ha invocado expresamente las exigencias del principio de proporcionalidad<sup>262</sup>. Nos ocuparemos en los siguientes apartados de la posición adoptada por el TEDH<sup>263</sup>.

## 2. Jurisprudencia del TEDH sobre desalojos.

### 2.1. Desalojos de vivienda por razones de interés público

En ocasiones, el desarrollo de políticas públicas (ordenación del territorio, protección del medio ambiente, política social de vivienda, etc.) exige privar de vivienda a determinadas personas. Según el TEDH esta forma de privación de la vivienda afecta al derecho fundamental a la vida privada y familiar consagrado en el art. 8 del CEDH y ello tanto si las personas son propietarias (u ostentan algún título sobre la misma que legitime su posesión) como si no lo son y su ocupación es meramente fáctica (o, incluso, ilegal). El TEDH se ha pronunciado sobre la posibilidad y condiciones en que tales desalojos (sean administrativos o judiciales pero instados por las autoridades administrativas mediante acciones posesorias) son conformes al Convenio. Sirven como modelo de la postura del TEDH en esta materia una serie de sentencias recaídas sobre desalojos instados por las autoridades inglesas (en concreto, por las administraciones locales, encargadas de la ordenación del territorio y del medioambiente) de ciudadanos

---

<sup>262</sup> Radicalmente distintos, y ajenos ahora a nuestro interés, son los casos en que el desalojo tiene motivaciones políticas o étnicas. El TEDH y la Comisión de Derechos Humanos —hasta su desaparición en 1998— se han ocupado en ocasiones de estos casos de desalojos. En el caso de Chipre contra Turquía por el desalojo de forzoso de grecochipriotas (1966) la comisión afirma que «los desalojos de grecochipriotas, incluso de sus propios hogares, imputables a Turquía con arreglo al Convenio, equivalen a una violación de los derechos garantizados en el párrafo 1 del artículo 8 del convenio, a saber, el derecho de estas personas al respeto a sus hogares, y su derecho al respeto de su vida privada» (informe de la comisión en los casos 6.780/74 y 6.950/75, *Chipre contra Turquía*, párrafos 208 a 210; opinión de la Comisión de 10 de julio de 1976).

<sup>263</sup> Toda la jurisprudencia del TEDH puede encontrarse en la base de datos «HUDOC»: <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>

ingleses que llevaban una vida itinerante fuera de las ciudades<sup>264</sup>. Dichos ciudadanos habrían asentado sus caravanas en terrenos bien públicos, bien de su propiedad, pero que estarían, en todo caso, especialmente protegidos por normas medioambientales frente a asentamientos humanos<sup>265</sup>.

Una de las primeras sentencias del TEDH sobre la materia fue el caso *Buckley c. Reino Unido* (STEDH de 25 de septiembre de 1996), en que al Sr. Buckley, ciudadano británico de vida itinerante, se le denegó, invocando razones de protección medioambiental, el permiso que había solicitado para aparcar su caravana en una parcela de su propiedad, obligándole a su abandono. El TEDH estimó que no hubo violación del derecho a la vida privada y al domicilio reconocido en el art. 8.1 del CEDH ni del derecho de propiedad reconocido en el art. 1.1 del Protocolo núm. 1 al CEDH. El Tribunal Europeo se ocupó de situaciones parecidas en un conjunto de Sentencias dictadas en enero de 2001 (casos *Chapman c. Reino Unido*<sup>266</sup>, *Beard c.*

---

<sup>264</sup> Estos ciudadanos itinerantes se conocen en el Reino Unido como *gypsies*, literalmente, «gitanos», aunque no todos ellos pertenecen a la étnia y cultura gitana o romaní. El término gitano, en este contexto, no es considerado peyorativo pues únicamente hace alusión a una cultura y una forma de vida.

<sup>265</sup> El tema del asentamiento de caravanas ha sido fuente de conflicto en la mayoría de los países europeos durante muchos años. En 1968, en Reino Unido, la *Caravan Sites Act* estableció el deber de las autoridades locales de facilitar adecuado asentamiento a ciudadanos transeúntes o itinerantes. En 1994 este sistema cambió y quienes acampasen en lugares no autorizados quedarían expuestos a condenas penales. Muchos compraron terrenos en los cinturones verdes con la esperanza de obtener permiso para instalar sus casas. Sus intentos fueron infructuosos y las autoridades locales procedieron a desalojarles bien porque sus asentamientos afectaban a la ordenación del territorio, bien por razones medioambientales. Algunos apelaron al TEDH, pero sus reclamaciones no fueron atendidas. Sin embargo, en 2004, la *English Court of Appeal* estableció que los procedimientos de desahucio y lanzamiento por alterar la ordenación del territorio por parte de los ciudadanos itinerantes en áreas rurales violaban sus derechos al amparo del art. 8 del CEDH, afirmando que mediante la *Human Rights Act* de 1998 el gobierno del Reino Unido había incorporado el CEDH al derecho Inglés. Entendía el tribunal inglés que no era proporcionado o justificado el desalojo de ciudadanos itinerantes, aun admitiendo que desobedecían las normas de ordenación del territorio. De 2004 es también el caso *Connors c. Reino Unido* en que el TEDH da la razón a uno de aquellos ocupantes.

<sup>266</sup> La Sra. Chapman, británica de origen gitano, había decidido establecerse de modo sedentario para poder atender a las necesidades sanitarias y educativas de su familia. Para ello, en 1985, compró un terreno para ubicar en él su caravana de modo permanente. El lugar donde compró el terreno no era un lugar de estacionamiento oficial de caravanas y la política de las autoridades locales era no autorizar el estacionamiento en estos lugares por tener dicho terreno «valor agrario y medioambiental». Se le denegó el permiso, otorgándole 15 meses para abandonar el terreno. Transcurridos los 15 meses, la Sra. Chapman solicitó permiso para construir un bungalow, siéndole igualmente denegado. Para forzar el desalojo, las autoridades locales emplearon multas coercitivas hasta que la Sra. Chapman abandonó su terreno en 1990, volviendo a su estilo de vida nómada, debiendo sus hijas abandonar su formación académica.

*Reino Unido*<sup>267</sup>, *Jane c. Reino Unido*, *Lee c. Reino Unido* y *Coster c. Reino Unido*). Como en el caso Buckley, se trataba de supuestos en los que ciudadanos británico-romaníes (gitanos) de vida itinerante habían instalado sus caravanas en terrenos (a veces municipales y otras de su propiedad), de los que fueron desalojados a instancia de las autoridades locales con fundamento en razones medioambientales o relativas a la ordenación del territorio. El TEDH rechazó en todos los casos citados que hubiera habido vulneración del derecho a la vida privada y al hogar al entender que entre el medioambiente y el derecho a elegir el lugar de residencia las autoridades dieron preferencia el primero mediante un proceso de decisión razonable. Hubo, sin embargo, votos particulares disidentes<sup>268</sup>.

Posteriormente, en el caso *Connors c. Reino Unido* (STEDH de 27 de mayo de 2004), el Tribunal entendió vulnerado el art. 8 del CEDH por no estar justificada la necesidad de la medida. Se trataba en dicho caso del desalojo del Sr. Connors del campamento de propiedad municipal en que se encontraba acampado, al amparo de razones de orden público (conductas antisociales de sus familiares).

De las anteriores sentencias pueden extraerse algunas conclusiones. En primer lugar, para el TEDH el hecho de que un sujeto sea desalojado de la vivienda que ocupa por decisión de las autoridades y resulte, por ello, privado de la misma, no es, por sí mismo, una vulneración del Convenio. El Tribunal Europeo sostiene que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no obliga a las autoridades nacionales, sobre la base del derecho a la vida privada y familiar, a proporcionar una vivienda a cada persona que la necesite y, menos aún, a que esta vivienda sea de las características requeridas por las peculiaridades culturales de cada persona<sup>269</sup>.

---

<sup>267</sup> Los hermanos Beard (Mr. John Beard y Mrs. Catherine Beard) y sus familias habían llevado un estilo de vida itinerante. Decididos a establecerse, compraron un terreno en 1986, pero les fue denegado el permiso de residencia. El terreno se hallaba en estado lamentable y la familia Beard lo tuvo que adecentar, tarea en la que emplearon dos años. Por no abandonar el terreno fueron procesados y multados en diversas ocasiones (1993, 1994 y 1995) y amenazados con prisión. Finalmente, abandonaron el lugar y retornaron a su estilo de vida itinerante.

<sup>268</sup> Votos particulares disidentes: uno, separado, del juez Bonello y otro, común, de los jueces Pastor Ridruejo, Bonello, Tulkens, Strá Nická, Lorenzen, Fischbach y Casadevall.

<sup>269</sup> «El Tribunal no admite, sin embargo, el argumento de que, por ser estadísticamente mayor el número de ciudadanos itinerantes que el de plazas disponibles en los campos autorizados para caravanas, la decisión de no permitir a la familia del demandante ocupar el terreno a que aspiraban para instalar su caravana constituya, en sí mismo y sin más, una vulneración del artículo 8. Esto sería



En segundo lugar, para el Tribunal Europeo el Convenio no permite que la actuación de un poder público pueda conducir a la privación o restricción directa de un derecho fundamental, como es la vida privada, que se asienta sobre el domicilio (art. 8 CEDH), sin cumplir una serie de exigencias. Para que la medida de restricción del derecho a la vida privada originada por la privación de vivienda resulte amparada por el Convenio, el TEDH exige que la medida de restricción se adopte de acuerdo con una ley<sup>270</sup> (1), responda a fines legítimos —*legitimate aim*—<sup>271</sup> (2), y sea necesaria «en una sociedad democrática» para alcanzar dichos fines; esto último requiere no solo que la medida de restricción (deslojo) responda a una necesidad social relevante o acuciante —*a pressing social need*—<sup>272</sup> sino también que exista proporcionalidad entre la medida adoptada y el sacrificio

---

tanto como imponer al Reino Unido, y a los demás estados contratantes, una obligación en virtud del art. 8 de poner a disposición de la comunidad gitana un número suficiente de campamentos convenientemente dotados. El Tribunal no está convencido, [...], de que el artículo 8 pueda ser interpretado como la imposición a los Estados de una obligación positiva tan amplia relativa a su política social general» (Caso *Chapman c. Reino Unido*, § 98); «el artículo 8 no reconoce el derecho a obtener una vivienda ni lo hace la jurisprudencia del Tribunal. Aunque es deseable que todo ser humano tenga un lugar donde pueda vivir con dignidad y que pueda considerar su hogar o domicilio, desafortunadamente hay entre los Estados Contratantes personas sin hogar o domicilio. Que el Estado proporcione recursos para garantizar que todos disfruten de una vivienda es materia de decisión política y no judicial» (Caso *Chapman c. Reino Unido*, § 99); en el mismo sentido, entre otros, caso *Beard c. Reino Unido*, §§ 109 y 110. También en este mismo sentido, el TEDH (sección segunda) en el caso *Marzari c. Italia* (decisión de inadmisión de 4 de mayo de 1999), al analizar si actuaron conforme al Convenio las autoridades locales que desalojaron al Sr. Marzari sin tener en cuenta su grave estado de salud, afirma que «el art. 8 no garantiza el derecho de todo ciudadano a que las autoridades resuelvan su problema de vivienda».

<sup>270</sup> Aunque ninguna de las sentencias citadas considera que las medidas adoptadas por las autoridades para desalojar a los ocupantes fueran contrarias a la ley, sí lo hace el voto disidente separado del juez Bonello en los casos *Chapman* y *Beard* casos (vid. infra nota 281).

<sup>271</sup> Que en el caso *Chapman c. Reino Unido* fue «la protección de los “derechos de los demás” en el sentido de protección medioambiental» (§ 81). En el caso *McCann y otros contra Reino Unido*, de 13 de mayo de 2008, en que se trataba del desalojo de viviendas de propiedad municipal, la finalidad era la protección de los derechos y libertades de los demás; y ello en un doble aspecto «Primero, al proteger el derecho de la autoridad local a recobrar la posesión de su propiedad contra quienes no tenían derechos contractuales o de otra naturaleza. Los tribunales nacionales pusieron un considerable énfasis en este aspecto, que se aplica con carácter general a todos los propietarios que tratan de recobrar la posesión de sus propiedades. Sin embargo, la interferencia también perseguía el objeto de garantizar que el servicio público de provisión de vivienda funcionaba correctamente. “Los demás” en este caso, eran los potenciales beneficiarios del sistema [...]» (§ 48).

<sup>272</sup> En el caso *Chapman* se afirma que «una interferencia será considerada “necesaria en una sociedad democrática” para alcanzar un objetivo legítimo si responde a “necesidades sociales relevantes”» (Caso *Chapman c. Reino Unido* (1991), § 90); idénticos términos emplea el TEDH en *Connors c. Reino Unido* (2004) n.º 81; también *Spadea y Scalabrino c. Italia*, STEDH de 28 de septiembre de 1995.

exigido —*proportionate to the legitimate aim pursued*— 3). Para apreciar la citada proporcionalidad, el TEDH valora, a su vez, la relevancia de la necesidad social que trata de atenderse con el desalojo (3.a), los efectos concretos que producen los lanzamientos sobre los sujetos desalojados (3.b) y el procedimiento seguido por las autoridades para apreciar las circunstancias concurrentes en el caso concreto y ponderar los intereses en presencia —garantías procesales o procedimentales o *procedural safeguards*— (3.c)

En lo relativo a la relevancia de la necesidad social (3.a) el Tribunal admitió (tanto en el caso *Buckley* como en los casos *Chapman* y sus coetáneos —2001—) que los fines medioambientales y urbanísticos pueden ser, en principio, necesidades relevantes para justificar los desalojos. En cambio, la protección del derecho de propiedad de un ente público es considerado un motivo mucho más débil para restringir el derecho a la vida privada del demandante de amparo, atendidas las funciones públicas que tal ente debe desempeñar<sup>273</sup>. Se otorga un amplio margen el Estado para determinar tales necesidades<sup>274</sup>.

---

<sup>273</sup> En el caso *Stankova c. Eslovaquia*, (STEDH de 9 octubre 2007), el Municipio de Propad solicitó una orden judicial de lanzamiento de la Sra. Stanová del inmueble de propiedad municipal que había ocupado junto a su padre, el arrendatario, recién fallecido; el municipio entendía que al disponer la Sra. Stanková de otro apartamento (aun cuando fuera de 33 metros cuadrados en otra localidad a 15 km de Propad), no cumplía las condiciones requeridas para subrogarse en la posición de su padre. Aunque el Tribunal Constitucional de Eslovaquia le dio la razón, las autoridades no entregaron el piso a la demandante. El TEDH declara vulnerado el art. 8 del CEDH y, haciendo suyas las conclusiones del Tribunal Constitucional eslovaco, afirma que «a tenor de lo dispuesto en el artículo 20.3 de la Constitución [eslovaca], los derechos de propiedad del Ayuntamiento respecto al piso no podían dissociarse de su obligación de ayudar a los ciudadanos de Poprad a satisfacer sus necesidades básicas. En las circunstancias propias de la causa, debería haberse examinado si ordenar a la demandante que abandonase el piso junto a su hija menor de edad y sin facilitarles un alojamiento alternativo era contra *bonos mores* en el sentido del artículo 3.1 del Código Civil. La protección de la familia, menores y jóvenes, en virtud del artículo 41 de la Constitución también debería haber sido tenida en cuenta» (§ 25); «asimismo, el Ayuntamiento de Poprad inscribió a la demandante como persona que solicitaba una vivienda, tras verificar que su solicitud estaba justificada, aproximadamente al mismo tiempo que inició el procedimiento judicial para su desahucio. Debería haberse comprobado si el Ayuntamiento, como propietario y gestor de las viviendas municipales, tenía un motivo convincente para ordenar el desalojo inmediato de la demandante sin estar obligado a facilitarle un alojamiento alternativo» (§ 26). Vid. también *casos McCann y otros contra Reino Unido* y *Kay y otros contra el Reino Unido* (vid. infra notas 287 y 288).

<sup>274</sup> En el caso *Connors* el Tribunal señaló que «se deja un “margen de apreciación” a las autoridades nacionales, que están en mejor lugar que un Tribunal internacional para evaluar las necesidades y condiciones locales. Este margen de apreciación varía considerablemente de acuerdo con la naturaleza de los derechos del convenio de que se trate [...]»; «El margen tenderá

En lo que respecta a los efectos del desalojo sobre los derechos de los ocupantes (3.b) el Tribunal atendía a varios elementos para apreciar su relevancia (que, a su vez, justificarían el grado de protección debido en cada caso al ocupante), entre ellos, el valor intrínseco del derecho afectado (3.b.1.º), las circunstancias personales de los sujetos desalojados —sus condiciones culturales, sus recursos económicos...— (3.b.2.º) y las posibilidades objetivas de encontrar un nuevo acomodo (3.b.3º); también valoró (aunque no como elemento determinante) la conducta desplegada por el ocupante del inmueble tanto en el momento de efectuar la ocupación (considerando que una ocupación ilícita era menos merecedora de protección que una inicialmente lícita<sup>275</sup>) como, posteriormente,

---

a ser más estrecho si el derecho en juego es crucial para el disfrute efectivo por el individuo de derechos de importancia esencial para su identidad, su autodeterminación, su integridad moral y física, el mantenimiento de relaciones con otros y un lugar seguro y estable en la comunidad» (§ 82); también afirma que «la seriedad de la interferencia con los derechos del demandante amparados por el art. 8 requiere a modo de justificación, en opinión del TEDH, razones de interés público de un particular peso, y el margen de apreciación que pueden asumir las autoridades nacionales se ve correlativamente restringido» (§ 86). Como conclusión, el TEDH consideró que no se daban tales razones pues «el mero hecho de haberse producido comportamientos antisociales en el campamento de gitanos gestionado por las autoridades locales no puede, por sí solo, justificar una potestad de lanzamiento sumario» (§, 89); y, en el caso Chapman que «el asunto a dilucidar por el Tribunal en el presente caso no es la admisibilidad o no de una situación general en el Reino Unido, aunque sea deplorable a la luz de los compromisos asumidos por el Reino Unido de acuerdo con el Derecho internacional, sino el más limitado de si las circunstancias particulares del caso representan una vulneración del derecho de la demandante —la señora Chapman— a su vivienda en los términos del artículo 8 del Convenio» (Caso *Chapman c. Reino Unido*, §100); en el mismo sentido *Beard c. Reino Unido*, § 111.

<sup>275</sup> Al respecto debemos recordar los casos *Beard c. Reino Unido* y *Chapman c. Reino Unido*, en que los demandantes (el Sr. John Beard y la Sra. Catherine Beard) habían instalado su caravana en terrenos de su propiedad, aunque sin la autorización necesaria correspondiente (y, por tanto, ilegalmente), el TEDH consideró dicho comportamiento ilegal, factor que se consideró relevante, aunque no determinante, pues «Si se ha instalado una vivienda sin el permiso necesario según las leyes nacionales, hay un conflicto de intereses entre el derecho del individuo al amparo del art. 8 del Convenio al respeto a su hogar y el derecho de los demás miembros de la comunidad a la protección medioambiental. Al considerar si un requerimiento dirigido a dicho individuo a que abandone su casa es proporcionado al legítimo fin perseguido, es muy relevante si ha establecido su residencia de modo ilegal. Si ha establecido su residencia de modo legal es evidente que hará valer su peso frente a la legitimidad del requerimiento de abandono. Por el contrario, si el establecimiento de su residencia en un lugar concreto es contrario a la ley, la posición del individuo para oponerse a una orden de abandono es menos fuerte. El Tribunal será reticente a dar protección a aquellos que, de manera desafiante de las prohibiciones legales, establecen su casa en un espacio protegido por razones medioambientales. Actuar de otra forma sería para el Tribunal animar la realización de actuaciones ilegales en detrimento de los derechos a la protección medioambiental de otros miembros de la comunidad» (caso *Beard c. Reino Unido*, § 113). La misma afirmación en el caso *Chapman c. Reino Unido* (§ 102).

al esforzarse en cooperar con las autoridades en la resolución de su propia situación (3.b.4.º)<sup>276</sup>.

En cuanto a las circunstancias personales de los sujetos desalojados (3.b.2.º), el Tribunal tuvo en cuenta, en el particular conjunto de casos que nos ocupan, las circunstancias culturales de los afectados (su modo de vida itinerante) que condicionaban la posibilidad de satisfacción alternativa de sus necesidades habitacionales<sup>277</sup>. También se consideró muy relevante su nivel económico, elemento clave para encontrar residencia alternativa. El TEDH consideró que la alegación y prueba de dichas circunstancias personales correspondía al demandante de amparo (el sujeto desalojado)<sup>278</sup>.

Un factor muy relevante para entender proporcionada la medida de desalojo (y un punto clave para la discrepancia manifestada en los votos particulares), fue determinar si había o no un alojamiento alternativo para los desalojados (3.b.3.º)<sup>279</sup>.

---

<sup>276</sup> En el caso *Marzari c. Italia* (decisión de inadmisión de 4 de mayo de 1999, cit.), el Tribunal, al analizar si actuaron conforme al Convenio las autoridades locales que desalojaron al Sr. Marzari pese a su grave estado de salud, atribuyó relevancia para la inadmisión a la conducta del ocupante, destacando que éste nunca se mostró cooperativo ni usó de las oportunidades que se le ofrecían para evitar el desalojo (entre otras la oferta de un alojamiento alternativo y de realización de las obras necesarias para hacerlo adecuado a su enfermedad).

<sup>277</sup> El TEDH afirma que «aunque el hecho de pertenecer a una minoría con un estilo de vida tradicional diferente del mayoritario no confiere inmunidad respecto a las leyes generales destinadas a salvaguardar los bienes de la comunidad en su conjunto, puede tener influencia en el modo en que se aplican dichas leyes. Como se insinuaba en el caso Buckley, la posición vulnerable de los gitanos como minoría significa que sus necesidades y estilo de vida deberían ser objeto de una consideración especial tanto por la ordenación del territorio en general como en las decisiones particulares a adoptar en casos determinados [...], existe para los Estados contratantes una obligación positiva en virtud del art. 8 a facilitar el modo de vida tradicional de los gitanos [...]» (Caso *Chapman c. Reino Unido*, § 96).

<sup>278</sup> «[...] el coste de un emplazamiento y su relación con la capacidad económica de la demandante y su ubicación en relación con sus deseos y necesidades son factores claramente relevantes. Pero cuál sea la cantidad de recursos económicos de que dispone la demandante, qué gastos puede afrontar, qué requisitos debe tener a su juicio el emplazamiento y por qué, son factores exclusivamente conocidos por ella y a ella corresponde aportar pruebas en tal sentido. La demandante, sin embargo, no ha aportado información alguna relativa a su situación financiera o a las cualidades que un emplazamiento debe tener para ser adecuado para ella. Tampoco tiene el Tribunal conocimiento de los esfuerzos que ha hecho la demandante para encontrar un emplazamiento alternativo» (caso *Chapman*, § 112).

<sup>279</sup> «Una consideración relevante a tener en cuenta por las autoridades nacionales es que si no hay un acomodo alternativo disponible, la interferencia es más seria que si lo hubiera. Cuanto más factible es el acomodo alternativo, menos seria es la interferencia constituida por el desalojo del demandante de su actual residencia» (casos *Chapman c. Reino Unido*, § 103; *Beard c. Reino Unido*, § 114). El TEDH consideró que en el caso Chapman existía la posibilidad de un asentamiento alternativo:

Para el TEDH tal prueba corresponde al demandante de amparo (el sujeto desalojado). Por lo que respecta a la conducta ilícita motivadora de la ocupación (3.b.4.º) el Tribunal la consideró un criterio secundario pero aun así a tener en

---

«el Tribunal observa que durante el procedimiento se reconoció que no había plazas vacantes inmediatamente disponibles para la demandante, ni en el distrito, ni en el condado. El Gobierno ha apuntado que había otros emplazamientos en el condado y que la demandante era libre de buscar otros emplazamientos fuera del condado. A pesar de que las estadísticas muestran que hay una carencia de emplazamientos públicos disponibles para los gitanos en el conjunto del país, se puede destacar que muchas familias gitanas todavía viven de modo itinerante sin recurrir a tales emplazamientos públicos y tampoco se puede dudar de que ocasionalmente hay vacantes en los emplazamientos públicos» (caso *Chapman*, § 111); «Aun más, dado que hay muchos asentamientos de caravanas que gozan de autorización urbanística, sí hubo emplazamientos disponibles para la demandante durante el largo periodo de gracia que se le concedió» (caso *Chapman*, § 112). Más rotundamente, en el caso *Beard* el TEDH afirma que «El gobierno indicó que los demandantes tuvieron alternativas prácticas a su disposición en cuanto había emplazamientos en la localidad y áreas adyacentes donde se habrían producido plazas vacantes. Sin embargo, los demandantes no pusieron sus nombres en la lista de espera [...] en la fecha del caso había más de 90 emplazamientos para caravanas en el área, algunos usados por gitanos y en el día anterior a la primera investigación oficial se habían producido 17 vacantes en dichos asentamientos. También eran libres para desplazarse a otros asentamientos fuera del área si hubieran querido.[...]» (caso *Beard*, § 99). De la opinión contraria fue el voto particular: «observamos que se reconoció durante los procedimientos de planificación que no había sitios alternativos disponibles para que se asentara la demandante, ni en el Distrito ni en el Condado. El Gobierno ha aludido a otros lugares en el Condado y también ha afirmado que la demandante era libre para buscar asentamiento fuera del Condado. Parece, sin embargo, que según las propias estadísticas manejadas por el Gobierno todavía hay una carencia significativa de asentamientos oficiales disponibles para los gitanos en el país en su conjunto y que no puede darse por sentado que existan vacantes o que puedan llegar a existir» (caso *Chapman*, voto particular, § 3); «La referencia efectuada por la mayoría a la supuesta libertad de los gitanos para acampar en emplazamientos con permiso ignora la realidad de que los gitanos no son bienvenidos en emplazamientos residenciales privados que son, en todo caso, prohibitivamente caros. Ni siquiera podrían usar los emplazamientos privados de modo estacional o transitorio. Las mismas autoridades reconocen que para los gitanos sólo son opciones viables los emplazamientos propiedad de las autoridades locales o cuya propiedad pertenece también a gitanos. No se trata de que los gitanos quieran imponer sus preferencias personales relativas al emplazamiento y sus servicios sin considerar de modo realista sus recursos. Las opciones que tienen a su disposición son, en este caso, muy limitadas, si no inexistentes» (caso *Chapman*, voto particular, § 6).

En el caso *Beard* el voto particular afirma que «durante el procedimiento no se identificaron emplazamientos alternativos disponibles a los que pudieran acudir los demandantes, ni en el distrito ni en el condado. Los inspectores aceptaron que los demandantes tenían razones personales para no ir al asentamiento de Mellishaw y el gobierno no ha discutido las alegaciones formuladas por los demandantes del riesgo de agresiones que suponía para ellos acudir a un asentamiento donde ya habían tenido serios problemas. Aunque el inspector en la investigación de 1992 repitió las afirmaciones del Consejo de que había 17 vacantes disponibles en asentamientos privados, no especificó dónde. El gobierno afirmó que existían otros muchos emplazamientos privados en el condado. Sin embargo, es evidente que la mayoría de tales asentamientos privados no eran adecuados para gitanos. Los demandantes buscaron plazas vacantes sin tener éxito, lo que contradice las afirmaciones de que había vacantes disponibles» (caso *Beard*, voto particular discrepante, § 2). A diferencia de los casos *Beard* y *Chapman*, en el caso *Buckley* existía un asentamiento disponible a 700 metros del terreno del demandante, por lo que no se discute que existía tal asentamiento alternativo.

cuenta. No obstante, para el voto particular formulado por el Juez *BONELLO*<sup>280</sup> la ilicitud de la ocupación habría sido motivada, a su vez, por la vulneración por el Estado de sus obligaciones en relación con el derecho a la vivienda de los demandados, por lo que no se debería invocar tal ilicitud para justificar los desalojos administrativos (o instados por las autoridades administrativas) cuya regularidad se enjuiciaba<sup>281</sup>.

En último término, para el TEDH el principio de proporcionalidad exige poner en relación las circunstancias indicadas (necesidad social para el desalojo, 3.a,— y personal de los ocupantes, 3.b,) para efectuar una adecuada ponderación entre ellas (3.c)<sup>282</sup>. En los casos analizados el TEDH consideró que tal exigencia de

---

<sup>280</sup> Juez del TEDH durante los años 1998-2010 (Malta).

<sup>281</sup> Según el voto particular: «las autoridades estaban manifiestamente en estado de ilegalidad desde antes de que la demandante ocupara el terreno. La sección 6 de la *Caravan Sites Act* de 1968 (hasta que fue derogada por la *Criminal Justice and Public Order Act* de 1994) imponía a las autoridades locales el deber legal de “proporcionar adecuado asentamiento a los gitanos que residan o frecuenten su territorio”. Por tanto, es cierto que en 1985 las autoridades locales habían incumplido su deber de dar adecuado asentamiento a los gitanos en su territorio y habían desobedecido una directiva del Secretario de Estado para cumplir con este deber» (Caso Chapman, voto particular, § 4 —el voto del caso Beard se remite íntegramente al caso Chapman—); a partir de este incumplimiento el Juez Bonello considera vulnerado el art. 8 del CEDH por falta una condición (la restricción del derecho a la vida privada debe hacerse de acuerdo con la ley) haciendo una serie de observaciones de gran profundidad e interés: «creo que a una autoridad pública que ha desobedecido sus obligaciones legales no se le debería permitir alegar que actúa “de acuerdo con la ley”. La doctrina constitucional clásica de las “manos limpias” impide a aquellos que han contravenido previamente la ley reclamar luego su protección» (§ 5); «en el presente caso tanto la autoridad pública como el individuo han traspasado indudablemente los límites marcados por la ley. Pero fue el incumplimiento por las autoridades públicas de su deber de observar la ley el que precipitó e indujo el incumplimiento del individuo. El incumplimiento de las autoridades ha llevado a una situación que casi se justifica por un estado de necesidad. Por qué un tribunal de derechos humanos debiera mirar con más benevolencia la más trascendente vulneración de la ley cometida por el poderoso que aquella a la que se ve forzado el débil es algo que no ha quedado explicado apropiadamente» (§ 7); «Aquí, nos enfrentamos con una situación en la que un individuo se ve “forzado” a incumplir la ley porque una autoridad pública fue protegida de su propio incumplimiento. Que un tribunal resuelva en favor del último en perjuicio del primero es, creo, una circunstancia inquietante. Que un tribunal de derechos humanos resuelva que tal autoridad, manifiestamente situada en el lado opuesto a la ley, haya actuado “de acuerdo con la ley” supone una perturbación aún mayor en la escala de valores éticos reconocidos» (§ 8). La opinión del Juez Bonello refleja, de modo dramático, la tensión que se genera en el Estado Social y Democrático de Derecho por la coexistencia en su seno de derechos e intereses (a la propiedad y a la vida digna; a la defensa de los intereses generales y particulares) cuya satisfacción simultánea es una exigencia del sistema pero requiere estructuras económicas, sociales y administrativas que no siempre se han construido.

<sup>282</sup> «La valoración de la disponibilidad de un acomodo alternativo exige considerar, de un lado, las necesidades particulares de la persona afectada (sus necesidades familiares y sus recursos

proporcionalidad quedaba colmada, dado que existía posibilidad de un alojamiento alternativo, entendiendo que el derecho a la vida privada y familiar no alcanza a elegir el lugar donde nos gustaría vivir (vida itinerante o en zonas verdes: 3.b) cuando existen frente a esta preferencia necesidades sociales relevantes (protección del medio ambiente y el urbanismo: 3.a)<sup>283</sup>. Los votos particulares entendían, sin

---

financieros) y, por otro lado, el derecho a la protección medioambiental de la comunidad local afectada [...]» (caso Chapman, § 104).

<sup>283</sup> En el caso Chapman, el TEDH «no está persuadido de que no hubiera para el demandante otra alternativa que la de permanecer sin autorización en una zona del cinturón verde. Como se dijo en Buckley, el artículo 8 no va tan lejos como para que preferencias individuales sobre el lugar de residencia se impongan al interés general (§ 81). Si los problemas del demandante provienen de la falta de recursos, entonces está en la misma situación desafortunada que muchos otros que no son capaces de hacer frente al coste de residir en un emplazamiento o en casas que resulten de su agrado» (caso Chapman, § 113). Esta afirmación es negada por el voto particular: «no se trata de que los gitanos quieran imponer sus preferencias personales relativas al emplazamiento y servicios sin considerar de modo realista sus recursos. Las opciones que tienen a su disposición son, en este caso, muy limitadas, si no inexistentes» (caso Chapman, voto particular, § 6). En el caso Beard el Tribunal afirma que «[...] los demandantes adoptaron su residencia en su propiedad en un área rural sin haber obtenido previamente el permiso necesario para que tal ocupación fuera legal. Cuando solicitaron el permiso tuvieron la oportunidad de formular alegaciones en su favor en las audiencias desarrolladas ante los dos inspectores, quienes tuvieron sus circunstancias personales en consideración. Sin embargo, ambos inspectores consideraron que su ocupación del terreno era perjudicial para su carácter rural y que éste era un interés superior al de los demandantes. Los demandantes no podían esperar que el art. 8 pusiera por delante su preferencia en lo relativo al lugar de residencia sobre el interés general» (§ 99).

Vid. *Codona c. el Reino Unido*, demanda 485/05, decisión de inadmisión de 7 de febrero de 2006. La Sra. Codona, de etnia gitana y ciudadana británica, fue desalojada del campamento de caravanas que ocupaba (desde 1997) con su familia extensa; inicialmente (1999) se les había otorgado un plazo de 12 meses para abandonar el lugar sugiriéndole la posibilidad de solicitar permiso para establecerse en dicho lugar, pero la solicitud fue denegada; como no abandonaron el lugar, prosiguieron los procedimientos de desalojo; la Sra. Codona recurrió a los tribunales, los cuales fallaron en su contra (2002); para que no quedase sin hogar a consecuencia del desalojo se le ofreció (2003) (a través de una asociación —*Aragon Housing Association*— en la que el Ayuntamiento había delegado esta función) alojamiento en un motel (*bed and breakfast establishment*) para ella y su familia directa como solución temporal previa a otra más permanente, de ser posible, en un campamento de caravanas; la Sra. Codona recurrió alegando que esta forma de alojamiento no era acorde con sus necesidades culturales, por ser un alojamiento “de ladrillo y mortero” (*brick and mortar*) al que tenía aversión; además alegaba que deseaba vivir junto a su familia extensa (que ocupaba otras caravanas, también desalojadas e iban a ser alojados en otros moteles); los tribunales fallaron en su contra y ésta recurrió al TEDH (2004). El TEDH afirma que «el tribunal no descarta que, en principio, el deber de las autoridades en relación al art. 8 en el supuesto de una persona gitana sin hogar podría incluir una obligación positiva de proporcionar un tipo de alojamiento que facilitase su “modo de vida gitano” (“*gypsy way of life*”). Sin embargo, considera que esta obligación sólo podría surgir en aquéllos casos en que las autoridades tuvieran tal tipo de alojamiento a su disposición y pudieran hacer la elección entre ofrecer ese alojamiento u otro no adecuado a las necesidades culturales de la persona gitana. En este caso, sin embargo [...] no había campamentos disponibles para que la demandante pudiera instalar legalmente su caravana. Sobre estas premisas, el tribunal no puede concluir que las autoridades tuvieran la obligación positiva de crear tal tipo de asentamiento para la demandante (y su familia extensa). Esto sería llevar la obligación positiva impuesta por el art. 8 más allá de los límites

embargo, que tales alojamientos alternativos o bien no existían o bien no se hallaban en un lugar en el que, atendidas las peculiaridades vitales de los romaníes (protegidas por el derecho a la vida familiar amparada por el Convenio), garantizaran protección a su forma de vida, por lo que dejarles sin su asentamiento tradicional y actual, por una acción del poder público, vulneraba el Convenio<sup>284</sup>.

Los firmantes de los votos particulares discrepaban de la mayoría del tribunal, por una parte, en la valoración de hecho de las circunstancias concurrentes en el caso concreto (sobre todo, en la existencia de alojamiento alternativo asequible y adecuado para los sujetos desalojados) y, por otra parte, en el peso atribuido al derecho a la vida privada y familiar en su ponderación frente al interés público relativo al medio ambiente o al urbanismo, peso que, según su criterio, exigía del poder público un mayor esfuerzo del demostrado de modo que la satisfacción de los fines urbanísticos o medioambientales no se realice a costa del derecho a la vida privada y familiar de los ocupantes. Esta posición minoritaria está más en línea con

---

establecidos la jurisprudencia del Tribunal [...] El Tribunal no encuentra que haya razones en el presente caso para apartarse de la posición adoptada por la Gran Sala en el caso Chapman».

Vid., asimismo, *Gabriel Louis Stenegry y Mme Sonia Adam c. Francia*, decisión de inadmisión de 22 de mayo de 2007: los demandantes, de vida itinerante (*travellers*) pero aquejado uno de ellos de una grave enfermedad, habían adquirido un terreno en una zona rural; se les denegó el acceso a la red de luz y agua por ser un terreno protegido por razones ecológicas. Se les ofreció, a cambio, instalarse en las zonas habilitadas para su forma de vida itinerante (campamentos de caravanas) o buscarles una vivienda.

<sup>284</sup> Según el voto particular «El impacto de la ordenación del territorio y las medidas de ejecución del mismo en el disfrute por un gitano o gitana del derecho al respeto a su casa y a su vida privada y familiar tiene una dimensión superior a las preocupaciones medioambientales. Teniendo en cuenta la potencial seriedad de aquella interferencia que prohíbe a una persona de etnia gitana seguir con su estilo de vida en un lugar determinado, consideramos que, donde las autoridades encargadas de la planificación no hayan demostrado que existe un emplazamiento alternativo, dentro de la ley disponible, al cual puedan esperar razonablemente desplazarse, deben existir razones indiscutibles que exijan las medidas de interferencia en cuestión» (caso Chapman, voto particular, § 2); «No estamos persuadidos de que el marco de ordenación del territorio sea capaz de contrapesar de modo significativo el interés de la demandante y el interés público asociado en preservar la diversidad cultural a través de la protección de los estilos de vida tradicionales. Hemos, por tanto, sopesado la seriedad de la interferencia en los derechos de la demandante con los argumentos medioambientales que existen contra su ocupación. Mientras que los últimos no son de poca importancia, no son tampoco, desde nuestro punto de vista, de suficiente entidad o grado como para ser considerados expresión de una “necesidad social relevante” comparada con lo que está en juego para la demandante [...]» (caso Chapman, voto particular § 4). «Es en nuestra opinión desproporcionado proceder a desalojar a una familia gitana de su casa ubicada en un terreno de su propiedad sin haberse ofrecido otro asentamiento alternativo dentro de la ley y razonablemente accesible a ellos» (voto particular, caso Chapman, 5; idéntico argumento en caso Beard, § 3).



la prohibición de desalojos forzosos en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos según la cual un desalojo de vivienda, aun cuando sea conforme a la ley, se considera «desalojo forzoso» (y por tanto, contrario a los derechos humanos) cuando el resultado del mismo es que quedan personas sin hogar sin haberse agotado de manera exhaustiva los esfuerzos del Estado para procurarlo en el marco de los recursos disponibles.

Finalmente, el TEDH consideró relevante el proceso o procedimiento seguido por las autoridades para determinar la proporcionalidad de su actuación (3.c). Partiendo del margen que corresponde a las autoridades nacionales para establecer el equilibrio entre los fines públicos y los medios para alcanzarlos, el TEDH exige que el mecanismo empleado para adoptar tales decisiones sea adecuado en cada caso. En el *caso Chapman* (2001) el TEDH afirmó que «el tribunal debe examinar si el proceso de toma de decisiones que condujo a adoptar las medidas de interferencia fue lo suficientemente justo y adecuado para proporcionar el respeto debido a los intereses garantizados a los particulares por el art. 8». En el proceso de toma de decisiones se incluyen las medidas procedimentales o instrumentales que puedan aminorar los efectos del desalojo: en el *caso Chapman* la extensa prórroga (15 meses) otorgada por las autoridades administrativas con carácter previo al desalojo abona la tesis del tribunal de que dicho desalojo fue conforme al Convenio<sup>285</sup>.

---

<sup>285</sup> *Caso Chapman c. Reino Unido*, § 92. El TEDH concluye que hubo tal procedimiento: «es evidente que los individuos afectados por un aviso de desalojo tienen en principio, y este demandante lo tuvo en la práctica, una oportunidad clara de exponer ante los inspectores a cargo de la ordenación del territorio cualquier alegación relevante para el caso y, en particular, sobre sus circunstancias personales o de otro tipo, sus puntos de vista respecto a la disponibilidad de asentamientos alternativos y respecto del tiempo necesario para encontrar un alojamiento alternativo» (caso Chapman, § 106); «la apelación del demandante ante el rechazo de su permiso y los avisos de desalojo se originaron dos investigaciones dirigidas por inspectores que eran cualificados expertos independientes. En ambos casos los inspectores visitaron los asentamientos por sí mismos y atendieron a los representantes de los demandantes. Como se puede comprobar por la extensión de la prórroga otorgada [15 meses] de algún modo se tuvieron en cuenta los puntos de vista que los demandantes aportaron» (caso Chapman, § 107). «Se consideraron los argumentos de la demandante, tanto en lo referente al trabajo que había hecho en el asentamiento, limpiando y plantando y relativos a las dificultades de encontrar otros asentamientos en el área. Sin embargo, ambos inspectores sopesaron esos factores frente al interés general de preservar el carácter rural del medio rural y encontraron este último prevalente» (caso Chapman, § 109); «Está claro, por el informe de los inspectores, que había importantes razones medioambientales para rechazar el permiso y que las circunstancias personales de la demandante fueron consideradas en el proceso de toma de decisiones [...]» (caso Chapman, § 110).

En el caso *Connors* (2004), en cambio, el TEDH rechazó que un procedimiento sumario de desalojo, en cuanto excluía, por su propia naturaleza, la posibilidad de una ponderación adecuada de causas y efectos, fuera un procedimiento adecuado en aquel caso concreto<sup>286</sup>. Las mismas limitaciones procedimentales del caso *Connors* fueron apreciadas posteriormente en otros casos en que las autoridades del Reino Unido acudieron igualmente al procedimiento sumario de desalojo para recuperar viviendas de propiedad municipal. En los casos *McCann y otros contra Reino Unido*<sup>287</sup> (2008)

---

<sup>286</sup> El principal argumento del Tribunal en el caso *Connors* para admitir la vulneración del art. 8.1 CEDH es que el procedimiento para el desalojo iniciado por la autoridad local era tan expeditivo que ni exigía ni permitía un proceso riguroso de toma de decisiones así: «el Tribunal no está persuadido de que el gobierno hay demostrado la necesidad de un marco normativo que permita el desalojo sumario del demandante y su familia. El poder de desalojar sin la carga de dar razones susceptibles de ser revisadas de modo independiente por un Tribunal no ha sido presentado convincentemente como respuesta a la exigencia de un objetivo específico o para proporcionar algún beneficio igualmente específico a los miembros de la comunidad gitana. [...] en cambio parece que la situación en Inglaterra, tal como se ha desarrollado, y por la cual las autoridades deben asumir su responsabilidad, supone considerables obstáculos para aquellos gitanos mantienen un estilo de vida nómada mientras, al mismo tiempo, priva de garantías procedimentales a aquellos que deciden adoptar un estilo de vida más sedentario» (§ 94); «En conclusión, el Tribunal considera que el desalojo del demandante y su familia del asentamiento de la autoridad local no fue adoptado con las salvaguardas procedimentales requeridas, a saber, la exigencia de establecer una adecuada justificación a la sería interferencia con sus derechos y, consecuentemente, no puede ser considerarse justificada por una “necesidad social relevante” o proporcionada con el objetivo legítimo perseguido. Ha habido, por consiguiente, una vulneración del artículo 8 del Convenio» (§ 95).

<sup>287</sup> STEDH de 13 de mayo de 2008. El Sr. McCann había ocupado en arrendamiento un inmueble propiedad del Ayuntamiento de Birmingham y éste, por diversas circunstancias, lo consideró finalizado, solicitando de los tribunales ingleses una orden de entrega de la posesión; el Sr. McCann alegó ante el tribunal de instancia que esta orden era contraria a su derecho al domicilio protegido por el art. 8 del CEDH. Aunque el tribunal de instancia inglés rechazó la orden de posesión en atención a las circunstancias concurrentes en el caso, el tribunal de apelación, teniendo en cuenta la resolución de la Cámara de los Lores en el caso *Qazi v. London Borough of Harrow* (2003), estimó que el Ayuntamiento tenía un derecho incondicionado a obtener la entrega de un inmueble cuyo arrendamiento había terminado. El TEDH afirma que «no parece que en el curso del procedimiento la autoridad otorgara consideración alguna a los derechos del demandante en relación con el respeto a su domicilio. Más aun, la ley nacional [...] en los procedimientos sumarios de entrega de la posesión como el desarrollado frente al demandante no existe posibilidad para el tribunal del condado de considerar ningún asunto relativo a la proporcionalidad de la orden de posesión salvo en casos excepcionales» (§ 52) y añade que «Al igual que en el caso *Connors*, las “garantías procedimentales” requeridas por el artículo 8 para evaluar la proporcionalidad de la interferencia no quedaban satisfechas por la posibilidad otorgada a los demandantes de solicitar la revisión judicial [*judicial review*] [...]. Los mecanismos de revisión judicial no están bien adaptados para la resolución de cuestiones de hecho [...]. En este caso, ni el sistema de revisión judicial [*judicial review*] ni los procedimientos para la entrega posesoria proporcionaron oportunidad alguna para que un tribunal independiente examinara si la pérdida por el demandante de su hogar era, como exige el art. 8.2, proporcionada al objetivo perseguido» (§ 53).

y *Kay y otros contra el Reino Unido*<sup>288</sup> (2010) el TEDH afirmó que «los demandantes se vieron privados de sus hogares sin la posibilidad de que la proporcionalidad de dicha medida pudiera ser determinada por un tribunal independiente».

Por consiguiente, y a modo de conclusión, el TEDH no considera el derecho a la vida privada y familiar ampare un derecho incondicionado a aquellos bienes que, como la vivienda, puedan ser instrumentales de mismo; admite que el CEDH no obliga a los Estados a proporcionar una vivienda a todo aquél que la necesite y menos una vivienda de determinadas características. Es más, entiende el Tribunal que el Estado puede ser el agente directo que prive al particular de su vivienda cuando dicha privación esté amparada por la ley y persiga un fin legítimo que pueda

---

<sup>288</sup> STDH de 29 de septiembre de 2010. Los demandantes habían ocupado legalmente viviendas propiedad de una entidad local (*Lambeth Borough*) a través de una entidad benéfica (LQHT) dedicada a atender a personas sin hogar a la que dicha Administración había encomendado su gestión; cuando la administración local quiso recuperar las viviendas mediante un procedimiento sumario de desalojo, sus ocupantes alegaron ante el Juzgado que su vida privada y familiar se vería afectada con el desalojo en vulneración del art. 8 del CEDH; el Juzgado rechazó este argumento al entender que una medida de desalojo adoptada conforme a la ley no podía impugnarse sobre la base de que dicha medida tuviera un efecto desproporcionado en los ocupantes atendidas las circunstancias particulares de cada uno; se apoyaba para ello en una decisión anterior de la Cámara de los Lores (*Qazi vs. London Borough of Harrow*) en la que por mayoría se había rechazado una defensa similar basada en el art. 8 del CEDH entendiendo que el derecho incondicionado de la propietaria (entidad local) no podía quedar limitado, una vez terminado el arrendamiento, pese a su repercusión en el derecho a la vida privada protegido por el Convenio. La Cámara de los Lores repitió sus argumentos en este caso (*Kay v. Lambeth Borough Council*) considerando, además, que con ello no se contradecía la jurisprudencia del TEDH sentada en el caso *Connors*. Entendía la Cámara que cuando la ley establece mecanismos de control de la proporcionalidad de la medida éstas quedan amparadas por el art. 8 CEDH, pero si el derecho a recuperar el inmueble es incondicionado tal repercusión no vulnera el Convenio. El TEDH considera que «la exigencia del art. 8.2 de que la interferencia sea “necesaria en una sociedad democrática” pone de relieve una cuestión tanto de procedimental como sustancial [...] En particular, el Tribunal debe examinar si el procedimiento de toma de decisiones que llevó a la adopción de las medidas de interferencia fue justo y adecuado para garantizar el debido respeto a los intereses asegurados al individuo por el art. 8.2» (§ 67); «La función del TEDH se limita a determinar si los demandantes tuvieron en este caso la oportunidad de oponerse a las órdenes de posesión sobre la base de que no eran proporcionadas teniendo en cuenta sus circunstancias personales» (§ 69); «La oposición de los demandantes en el caso *Kay* al rechazo a su defensa basada en el art. 8 fracasó porque en aquél momento no era posible cuestionar la decisión de una autoridad local de obtener un a orden de puesta en posesión sobre la base de la desproporción de tal decisión a la luz de las circunstancias personales [...] los demandantes se vieron privados de sus hogares sin la posibilidad de que la proporcionalidad de dicha medida pudiera ser determinada por un tribunal independiente. De lo que se sigue que hubo una vulneración del art. 8 del Convenio» (§ 74). En casos posteriores al caso *Kay*, la jurisprudencia inglesa ha ampliado su punto de vista respecto de las facultades de los tribunales (en el marco del procedimiento sumario de desalojo) para evaluar la proporcionalidad del desalojo desde el punto de vista de las circunstancias particulares de los ocupantes (*Cámara de los Lores, Doberty v. Birmingham City*)

ser considerado una necesidad social relevante en una sociedad democrática como puede ser el interés general urbanístico o medioambiental. Pero, el Tribunal tampoco considera que con fundamento en la ley y al amparo de dichas finalidades y necesidades legítimas pueda imponerse de cualquier modo o con cualquier alcance una privación de vivienda, esto sería contrario al Derecho propio de «una sociedad democrática»: es necesario un juicio de proporcionalidad.

En el juicio de proporcionalidad debe incluirse una valoración sobre la situación en que quedarían los ocupantes de la vivienda de ser desalojados. Para que la privación (legal y fundada) sea conforme al Convenio, el Estado debe seguir un procedimiento que permita valorar el efecto de la medida sobre el ocupante teniendo en cuenta tanto las circunstancias personales y particulares que concurren en el caso (en concreto, la cultura de sus ocupantes, sus necesidades personales y familiares y sus recursos económicos) como las circunstancias del contexto socioeconómico en que se produce la medida (la disponibilidad de alojamientos alternativos, por ejemplo) y debe, en consonancia, adoptar las medidas más apropiadas a su alcance (como el otorgamiento de prórrogas de larga duración, como fueron los 15 meses otorgados en el *caso Chapman*<sup>289</sup> o la oferta de un alojamiento alternativo y de las obras necesarias para adaptarlo a sus condicionantes físicos en el *caso Marzari*<sup>290</sup>) que permitan minimizar el impacto del desalojo sobre el derecho a la vida privada y familiar del ocupante (en cuanto asentada sobre un inmueble que constituye su hogar). Muestra de la relevancia que los efectos del desalojo adquieren para el TEDH es el *caso Lyubka Yordanova y otros c. Bugaria* (decisión de admisibilidad recaída en 2010; caso aun no resuelto por el Tribunal). La Sra. Yordanova y 23 demandantes más son personas de étnica romaní que ocupan terrenos municipales sin título alguno desde los años 60 y 70; el Ayuntamiento del lugar pretende

---

<sup>289</sup> El TEDH en el caso Chapman concluye que «el Tribunal considera que se ha prestado suficiente atención a la difícil situación del demandante tanto desde el punto de vista de los términos del marco regulador, que contenía adecuadas garantías procedimentales para proteger sus intereses amparados por el art. 8, como por las autoridades responsables de la ordenación del territorio en cuanto ejercitaron sus poderes discrecionales en atención a las particulares circunstancias del caso. Las autoridades tomaron sus decisiones tras sopesar los distintos intereses en presencia. No corresponde a este Tribunal actuar como órgano de apelación de tales decisiones, basadas en razones relevantes y suficientes, a los efectos del art. 8, para justificar las interferencias en el ejercicio de los derechos de los demandantes» (*caso Chapman*, § 114).

<sup>290</sup> *Marzari c. Italia*, cit.; Vid. *Codona c. Italia*. y *Gabriel Louis Stenegry y Mme Sonia Adam c. Francia*, citados (*vid. supra*, nota. 283 e *infra* nota 328)

desalojarlos por que sus construcciones ilegales, implican riesgo sanitario y deterioran el paisaje. La demanda (núm. 25446/06) se interpuso el 23 de junio de 2006 y la decisión de admisibilidad se dictó el 14 de septiembre de 2010. Pero, previamente a la admisión, el 8 de julio de 2008, el TEDH, al amparo del art. 39 de su Reglamento, ordenó la suspensión cautelar del desalojo hasta obtener de las autoridades nacionales «información sobre detallada sobre las medidas adoptadas por las autoridades [locales] para ofrecer alojamiento seguro a los niños, ancianos, personas desaventajadas o de cualquier modo vulnerables que iban a ser desalojadas»; en respuesta a esta orden, las autoridades búlgaras se comprometieron a no desalojar a los demandantes hasta llegar a una solución definitiva<sup>291</sup>.

Las anteriores exigencias son válidas aun cuando el ocupante no disponga de título, pues «la pérdida de la vivienda en la que se vive es una de las formas más graves de interferencia con el derecho al respeto al domicilio. Toda persona en riesgo de sufrir una interferencia de tal magnitud debería, en principio, tener la posibilidad de que la proporcionalidad de la medida adoptada pudiera ser valorada por un tribunal independiente a la luz de los principios correspondientes del art. 8 del Convenio, sin perjuicio de que, según las normas nacionales, su derecho haya a la ocupación haya llegado a su término»<sup>292</sup>.

No obstante, el TEDH ha afirmado también no es exigible, desde el punto de vista de su conformidad con el CEDH, que las medidas adoptadas agoten todas las consideraciones humanitarias posibles<sup>293</sup>, lo que debe entenderse como una remisión al principio democrático que permite al legislador determinar diversas modalidades de asignación de recursos para maximizar la satisfacción de los derechos humanos

---

<sup>291</sup> Vid. Agencia Europea para los Derechos Fundamentales (FRA), *Condiciones de vivienda de los Rom y los Travellers en la Unión Europea*, FRA publications, octubre de 2009 (doc.: FRA 4006); disponible en: <http://fra.europa.eu/>

<sup>292</sup> *McCann contra Reino Unido*, § 50; *Kay y otros contra Reino Unido*, § 68. En el caso *McCann contra Reino Unido*, el Tribunal recuerda que «el que una propiedad deba ser calificada como domicilio (hogar) es una cuestión de hecho que no depende de la licitud de la ocupación según la ley nacional [...]» (§ 46).

<sup>293</sup> En el caso *Chapman*, el Tribunal afirma que «las consideraciones humanitarias que en el ámbito nacional pudieran haber llevado a resultados distintos no pueden usarse como base para una decisión por este Tribunal que sería tanto como eximir a la demandante del cumplimiento de las normas nacionales de ordenación del territorio y obligar a los gobiernos a asegurar que cada familia romaní tiene disponible para su uso un alojamiento adecuado a sus necesidades» (caso *Chapman*, § 115).

a la que está obligado. Este argumento permite al TEDH admitir que la vivienda que el Estado debe proporcionar con ocasión del desalojo (una vez determinada esta obligación conforme al principio de proporcionalidad) no tiene que ser aquella que satisfaga plenamente las necesidades culturales de los demandantes y que basta con que cubra la necesidad habitacional básica. Esta es, precisamente, el argumento para la inadmisión en los casos *Codona c. Reino Unido* y *Stenegry y Adam c. Francia*: a los demandantes, que ocupaban terrenos de propiedad pública en el primer caso y de su propiedad —pero no urbanizables— en el segundo, se les ofreció vivienda alternativa aunque esta no fuera de las características que por su identidad cultural ellos hubieran deseado<sup>294</sup>.

Las anteriores conclusiones fueron extraídas por el TEDH en relación con el límite que para el ejercicio de las potestades administrativas de planificación y ordenación del territorio o de gestión de su propio patrimonio inmobiliario público supone el derecho a la vida privada y familiar y el correlativo deber de respeto a la vivienda en que esta se desarrolla, con independencia del título jurídico (o su falta) que ampare la posesión de la misma. Las necesidades sociales (atendidas por las Administraciones públicas) no pueden afectar de modo automático y sin paliativos un derecho acogido en el Convenio. La vida privada y familiar es un derecho que ampara la ocupación de la vivienda que en cada momento lo satisface, que, por ésta razón, no puede ceder ante los intereses públicos de forma ilimitada sino con el respeto a ciertas garantías y salvaguardias entre las que se cuenta la existencia de una justificación en los términos del CEDH y un procedimiento que garantice la proporcionalidad de la medida de desalojo. Una de las garantías consiste en que el desalojo no deje personas sin hogar.

## 2.2. *Desalojos de vivienda en ejecución de derechos de particulares.*

La jurisprudencia del TEDH también ha evaluado la adecuación al Convenio de actuaciones jurisdiccionales ejecutivas frente al ocupante de una vivienda (lanzamientos) para restituirla a quien tiene derecho a ella según una previa resolución judicial. Esta línea jurisprudencial tiene su origen en recursos presentados ante el Tribunal Europeo por quienes habiendo sido demandantes de

---

<sup>294</sup> Vid nota 283

ejecución ante los tribunales nacionales no obtuvieron (u obtuvieron muy tardíamente) la tutela judicial ejecutiva solicitada (la entrega de la vivienda previo desalojo de su ocupante). Ante el TEDH legaban los recurrentes una vulneración por el Estado demandado de su derecho a la tutela (reconocida en art. 6 CEDH), así como de su derecho de propiedad (reconocido en el art. 1 del Protocolo n.º 1 al CEDH) que con esta tutela aspiraban a satisfacer, ya que los tribunales nacionales, fuera por exigencias de una normativa material o procesal específicamente protectora del ocupante<sup>295</sup>, fuera en interpretación extensiva (o, incluso, con incumplimiento) de las normas ordinarias reguladoras de la ejecución en el derecho interno, habían dilatado (a veces *sine die*) la ejecución de una sentencia(o resolución de idéntico contenido) a su favor condenatoria a la entrega de un inmueble. El

---

<sup>295</sup> Aunque ahora nos interesa exclusivamente la jurisprudencia que se ocupa de la repercusión procesal de las normas protectoras de la vivienda, el TEDH también se ha pronunciado sobre la adecuación al Convenio de tales normas, en particular las arrendaticias, en cuanto la protección que dispensan al inquilino (prorrogas forzosas, limitación de las rentas y, en general, de la libertad contractual de los arrendadores) pueda vulnerar el derecho de propiedad. Los demandantes han alegado en diversos casos que tal normativa vulneraba su derecho de propiedad (art. 1 del Protocolo 1), pero el TEDH ha llegado con frecuencia a la conclusión contraria. En el caso *James y otros c. Reino Unido*, de 21 de febrero de 1986, los demandantes alegaron la vulneración del derecho de propiedad (art. 1.1 P1) por la Ley de reforma de los arrendamientos de 1967 (*Leasehold Reform Act*) en cuanto permitía al arrendatario por largo plazo acceder al dominio de las fincas que ocupaba; el TEDH entendió que no hubo vulneración del derecho de propiedad pues «las sociedades modernas consideran el alojamiento de su población una necesidad social primaria que no puede abandonarse exclusivamente a las fuerzas del mercado. El margen de apreciación es lo suficientemente amplio y permite perseguir el objetivo de una mayor justicia social en la esfera de la vivienda incluso si tal legislación interfiere con relaciones contractuales previamente existentes entre particulares y no conlleva beneficios directos para el Estado o la comunidad en su conjunto. En principio, por tanto, el objetivo perseguido, por la legislación de reforma de los alquileres es legítimo [...]» (§ 31); En *Mellacher y otros c. Austria*, de 19 de diciembre de 1989, los demandantes alegaban vulneración del derecho de propiedad por una ley que reducía la renta que podían cobrar los propietarios demandantes alegando que ello interfería con su libertad contractual y con los beneficios que la propiedad les proporcionaba; en cambio, el TEDH estima que no hubo vulneración del derecho de propiedad pues «cuando se promulgó la Ley de Alquileres de 1981, el legislador estaba preocupado por reducir las rentas a un nivel que fuera socialmente más aceptable. También pretendía fomentar mejoras en la calidad de los alojamientos afectados. A la luz de estas consideraciones y teniendo en cuenta los legítimos objetivos perseguidos por la normativa, el Tribunal considera que no se puede decir que las medidas impugnadas por los demandantes adoptadas para alcanzar dichos objetivos fueran tan inapropiadas o desproporcionadas que salieran de los márgenes de apreciación atribuidos al Estado [...] El Tribunal, por tanto, llega a la conclusión de que cuando se promulgó la ley de arrendamientos de 1981 el legislador austriaco, habiendo considerado la necesidad de alcanzar un justo equilibrio entre el interés general de la comunidad y el derecho de propiedad de los dueños en general y el de los demandantes en particular, puede sostener razonablemente que los medios elegidos eran adecuados para alcanzar el fin legítimo perseguido. El Tribunal encuentra que las exigencias del segundo párrafo del artículo 1 del protocolo n.º 1 (P1-1) quedan satisfechas en relación con la reducción de rentas sufrida por los demandantes sujetos a la ley de arrendamientos de 1981» (caso Mellacher, § 57).

Estado demandado invocaba en su defensa que la actuación jurisdiccional dilatoria estaba amparada por legítimas restricciones a los derechos de propiedad y de tutela en beneficio bien del interés público, bien de los derechos a la vida privada y familiar de los ocupantes afectados.

Analizaremos esta jurisprudencia relativa a inejecución de resoluciones judiciales de desalojo distinguiendo la causa justificativa alegada por el Estado demandado para tal inejecución.

### *2.2.1. Inejecución en amparo de necesidades sociales o colectivas.*

El TEDH se ha pronunciado sobre supuestos en que los tribunales nacionales (o las autoridades administrativas que cooperan con ellos en la ejecución de sus resoluciones) han dejado de ejecutar (o han ejecutado muy tardíamente) sentencias (normalmente de desahucio) en las que se condenaba al desalojo de un inmueble. Los tribunales nacionales se ampararon, para autorizar tal dilación o inejecución, en normas nacionales dictadas para salvaguardar el interés público presente en los arrendamientos de vivienda, sobre todo los celebrados por personas de bajos ingresos. El Estado demandado argumentaba en estos casos que el desalojo en ejecución de estas sentencias habría ocasionado graves problemas sociales de alojamiento y, por consiguiente, de orden público pues hubiera sido un desalojo masivo que habría afectado a gran cantidad de inquilinos en idéntica situación. Las normas internas habrían tratado de prevenir estas consecuencias contrarias al interés público poniendo límites a la ejecución y los tribunales se habían limitado a aplicar tales normas.

Dos colecciones de casos, relativas a Italia y Polonia, respectivamente, son de especial interés para ilustrar la jurisprudencia del TEDH en esta materia<sup>296</sup>.

---

<sup>296</sup> En ambos casos, al ser normas o prácticas nacionales constantes la fuente de inejecución de sentencias, se ha generado una incesante sucesión de casos similares ante el TEDH, lo que ha llevado al Consejo de Europa y al TEDH a buscar soluciones más allá de un dictado inagotable de sentencias.

En el caso de Italia (del que son exponentes las sentencias, *Spadea y Scalabrino c. Italia*, de 28 de septiembre de 1995, *Scollo c. Italia*, de 28 de septiembre de 1995 y *Saffi c. Italia*, de 28 de julio de 1999) el Comité de Ministros del Consejo de Europa dictó la Resolución provisional de 8 diciembre de 2004 —Res DH (2004)72—, *relativa al fracaso de la ejecución judicial de las órdenes de desalojo contra*



El TEDH se ha debido pronunciar en numerosísimas ocasiones sobre la aplicación en Italia de una abundante normativa procesal de excepción sobre arrendamientos urbanos que habría permitido suspender por largo tiempo la ejecución de las órdenes judiciales de desalojo así como organizar u ordenar temporalmente («escalonar») la asistencia policial requerida para llevarlos a cabo, sumiendo en la incertidumbre la realización efectiva del desalojo<sup>297</sup>.

---

*inquilinos en Italia* (al amparo del art. 46 apartado 2 del Convenio enmendado por el Protocolo n.º 11, según el cual corresponde al Consejo supervisar la ejecución de las sentencias del TEDH). En esta resolución se reconocen las repetidas violaciones del Convenio cometidas por el estado italiano tanto del artículo 6 CEDH (derecho a la tutela judicial efectiva) como del art. 1 del Protocolo n.º 1 (derecho al disfrute pacífico de las posesiones) derivadas del continuo fracaso en la ejecución forzosa de las resoluciones ordenando el desalojo de ocupantes. La Resolución constata el gran número de casos sobre esta materia condenando al Estado (140 desde 1997) o resueltos mediante un acuerdo ante el propio Tribunal (160); deplora que en gran parte de los casos fallados a favor de los demandantes sigan sin entregarse las viviendas o compensarse adecuadamente; urge a las autoridades italianas a poner fin a las violaciones del Convenio declaradas por el TEDH en aquellos casos en que los litigantes vencedores continúan soportando el fracaso de la ejecución de las sentencias nacionales y son, por tanto, incapaces de recobrar sus propiedades. La Resolución afirma que corresponde al estado italiano encontrar las soluciones necesarias para salvaguardar los intereses de los inquilinos vulnerables sin violar persistentemente los legítimos derechos de los propietarios amparados por el Convenio para hacer ejecutar las resoluciones de desalojo emitidas en su favor; identifica la existencia de un problema estructural en el ámbito de la vivienda, en particular en las ciudades densamente pobladas; urge a que se asegure que la policía acuda a tiempo para la ejecución de las órdenes de lanzamiento, a que las autoridades y oficiales cumplan efectivamente con las sentencias definitivas de los tribunales y a que refuercen el sistema de compensaciones en los casos de fracaso de la ejecución de las ordenes de desalojo. Pese a todo lo dicho, el TEDH sigue dictando sentencias en esta materia (vid. *casos Lumari c. Italia*, de 11 de enero de 2001, *Palumbo c. Italia*, de 30 de noviembre de 2000, *Mascolo c. Italia*, de 16 de diciembre de 2004, *Lo Tufo c. Italia*, de 21 de abril de 2005; *Mosconi c. Italia*, de 1 de junio de 2006; *Magherini contra Italia* de 1 de julio de 2006). El Comité de Ministros del Consejo de Europa se ha pronunciado también, con carácter más general, contra la excesiva duración de los procesos en Italia: ResDH(2005)114, de 30 de noviembre, *relativa a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y decisiones del Comité de Ministros en 2183 casos contra Italia relativos a la excesiva duración de los procesos*; ResDH(2007)2, *relativa al problema de la excesiva duración de los procedimientos judiciales* en Italia; ResDH(2009)42, etc.

En el caso de Polonia, el TEDH (siguiendo recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa) ha aplicado el «procedimiento de sentencia piloto» (*procédure d'arrêt pilote* o *pilot-judgment procedure*), según el cual el TEDH al resolver un caso particular pero que es exponente de una violación sistémica del Convenio (definida ésta como una situación de mal funcionamiento de la legislación y la práctica administrativa de un Estado susceptible de afectar a un gran número de personas y ser por ello fuente de futuros litigios o fuente ya de gran número de litigios pendientes) debe analizar el caso desde esta perspectiva general y expresar las reformas y medidas legales y la práctica administrativa correspondiente para asegurar la implementación de los derechos de todos los afectados. La sentencia piloto fue la recaída en el caso *Hutten-Czapska c. Polonia* (Sala) de 22 de febrero de 2005 y STEDH (Gran Sala) de 19 de junio de 2006. El mecanismo supone que las demandas planteadas ante el Tribunal quedarán en suspenso en tanto el Estado cumple la sentencia piloto recaída

<sup>297</sup> El desalojo de inmuebles en Italia se rige por los arts. 605 a 611 del *Codice di Procedura Civile* (c.p.c.). La fase inicial de desalojo comienza con la notificación del título ejecutivo y del *precetto*

(conteniendo descripción somera del inmueble y la intimación al desalojo conforme a los arts. 479 y 480 c.p.c.) y continúa solicitando la intervención del agente encargado de la ejecución (*ufficiale giudiziario*) conforme a los arts. 608 y 609 del c. p. c. El agente empieza su labor notificando el desalojo al ocupante con al menos con diez días de antelación, indicando el día y la hora para su ejecución (*giorno dell'esecuzione*); el agente de la ejecución puede solicitar asistencia policial «si esta fuera necesaria»; también puede acudir al juez en caso de “dificultades que no admitan dilación” (art. 610 c.p.c.). Las leyes especiales sobre arrendamientos urbanos (Ley 833/1969, de 26 de noviembre y Decreto-ley 426/1973) atribuyeron al juez la fijación del plazo de desalojo así como un mecanismo de suspensión de los desalojos. Según la ley 25/1980 los desalojos no podían suspenderse si el arrendador necesitaba el piso para su uso personal o de sus familiares La ley 392/1978, de 27 de julio, de arrendamientos urbanos, encomendó (art. 56) al propio Juez de la fase de conocimiento el otorgamiento de un plazo (*fissazione dell'esecuzione*) que debería fijarse teniendo en cuenta tanto las circunstancias del inquilino como las del propietario, así como a las causas de extinción del arrendamiento; el desalojo previsto no se podría dilatar más de seis o, excepcionalmente, doce meses, a contar desde la fecha de su otorgamiento: si el arrendatario no abandonaba el inmueble dentro del plazo otorgado por el Juez, el propietario podría solicitar la ejecución forzosa de la orden en los términos de los arts. 605 y siguientes. Puesto que la ley 392/1978 no resolvía la cuestión de los desahucios aprobados antes de su entrada en vigor, se dictó la ley 94/1982, luego modificada por otras normas posteriores (Decreto Legislativo 795/1984; Decreto legislativo 12/1985 y ley 118/1985; DL 708/1986 y Ley 899/1986; DL 26/1988 y Ley 108/1988; Decreto Legislativo 551/198 y la ley 61/1989, de 21 de febrero); estas normas operaron con dos líneas maestras: suspensión de los desalojos por periodos limitados tras la entrada en vigor de la ley y un mecanismo, a cargo de los prefectos, de graduación o escalonamiento de la ejecución de los desalojos según criterios selectivos de concesión de la asistencia de la fuerza pública una vez intentado el acceso al inmueble y comprobada la falta de cumplimiento voluntario. A partir de la Ley 899/1986, correspondería a los prefectos decidir sobre la prioridad de las ordenes de desalojo, previa consulta con un “Comité de la Prefectura” formado con participación paritaria de representantes de arrendadores y arrendatarios. Según la ley 61/1989 la asistencia a cargo del prefecto debía otorgarse antes de 48 meses a partir de enero de 1990: para el 31 de diciembre de 1993 se debían haber resuelto todos los desalojos pendientes: no fue así. El sistema se prolongó mediante Decretos legislativos ratificados conjuntamente por la ley 566/1996 que prorrogaba el sistema de escalonamiento de asistencia policial hasta 30 de junio de 1997, luego extendido hasta 31 de enero de 1998 por ulteriores Decretos. El DL 172/1997 fue considerado inconstitucional por el Tribunal Constitucional Italiano al contravenir el derecho reconocido en el art. 24 de la Constitución Italiana en cuanto condicionaba la ejecución de las resoluciones judiciales a la decisión de los prefectos. La situación creada originó una avalancha de demandas ante el TEDH. Una reforma legislativa de los arrendamientos, abordada en 1998 (ley 431/1998, de 9 de diciembre) suprime la competencia del prefecto. Para las órdenes de desalojo anteriores a la entrada en vigor de la ley, preveía todavía una espera general de 180 días (que finalizó el 28 de enero de 1999) tras la cual los desalojos ya podrían ejecutarse. Para las órdenes de desalojo acordadas tras la entrada en vigor de la ley se regula la solicitud por parte del arrendatario de un plazo, cuyo otorgamiento (de hasta 6 meses) impide la posibilidad de obtener un segundo plazo ni siquiera en el caso de circunstancias sobrevenidas; también contenía la ley de 1998 una regulación especial para arrendatarios desaventajados (aquellos con cinco o más hijos a su cargo, receptores de ayuda por desempleo o de integración salarial) que pueden obtener que la ejecución sea diferida hasta 18 meses: esta modalidad también es aplicable a la ejecución de órdenes de desalojo emitidas antes de la entrada en vigor de la ley. La situación de conjunto, pese a la ley de 1998, motivó la Resolución provisional de 8 diciembre de 2004 del Comité de Ministros del Consejo de Europa. En ella se reconocen las repetidas violaciones del Convenio cometidas por Italia con relación al artículo 6 (derecho a un juicio sin dilaciones indebidas) del convenio y del art. 1 del protocolo n.º 1 (derecho al disfrute pacífico de las posesiones) derivadas del continuo fracaso en la ejecución forzosa de las sentencias ordenando el desalojo de los ocupantes. Constata la resolución que el fracaso para ejecutar las órdenes de los tribunales es el resultado tanto

En el caso de Polonia, la aplicación de la normativa arrendaticia dictada para la protección de los inquilinos de rentas bajas condujo igualmente a la dilación o inejecución de gran número de sentencias, en concreto mediante la prohibición de dar efecto a un desalojo ordenado judicialmente si el poder público no disponía simultáneamente de un alojamiento alternativo para el ocupante de la vivienda<sup>298</sup>.

---

de la legislación que suspende o escalona las ejecuciones como de la incapacidad de los solicitantes para obtener la colaboración policial. Consta, asimismo, el gran número de casos sobre la materia condenando al estado (140 desde 1997) o resueltos mediante un acuerdo ante el propio Tribunal (160). Reconoce la resolución la existencia de un problema estructural en el ámbito de la vivienda, pero deplora que en gran parte de los casos fallados a favor de los demandantes sigan sin entregarse las viviendas o compensarse adecuadamente.

Ulteriores Decretos Legislativos han continuado la suspensión de la ejecución de determinados lanzamientos (Ley 288/2000; DL 247/2001; DL 450/2001; Ley 200/2003 y DL 147/2003; DL 147/2003 convertido en Ley 200/2003; DL 240/2004, etc.). En su sentencia 155/2000 el Tribunal Constitucional Italiano señaló que si bien el legislador tiene la obligación de atender a los individuos en situación de necesidad, no puede transferir dicha carga a los propietarios, pues, ellos mismos, pueden hallarse también en una situación difícil.

<sup>298</sup> En la Sentencia piloto *Hutten-Czapska c. Polonia*, de 19 de junio de 2006, el Tribunal ha reconocido que era el marco legislativo Polaco en materia de vivienda (leyes arrendaticias de 1994 y 2001, así como las enmiendas a esta última adoptadas en 2004) el que, imponiendo a los propietarios el arrendamiento forzoso, con severas limitaciones a su terminación y a la renta, y exigiéndoles correr con los gastos de mantenimiento de los inmuebles, configuró un mecanismo de arrendamiento contrario al Convenio, de modo que «la combinación de las restricciones impuestas por la Ley de 1994 afecta a la esencia del derecho de propiedad de la demandante» (§ 203). Uno de los elementos de dicho régimen es la norma procesal según la cual el propietario que hubiera obtenido una orden judicial de desalojo contra su inquilino no podría solicitar su ejecución sin haber procurado previamente de las autoridades locales un alojamiento alternativo para éste, por lo que, habiendo escasez de alojamientos en el país, el lanzamiento podría dilatarse durante años. El número de afectados por esta legislación podría llegar a los 600.000, el 5,2 % de las viviendas de Polonia. Al tiempo de la sentencia había 18 casos similares pendientes ante el TEDH. Por todo ello, el TEDH establece que el Estado demandado debe, adoptando las medidas legales apropiadas, asegurar al demandante y a otras personas en situación similar un mecanismo que mitigue las consecuencias que en su derecho de propiedad tiene el sistema establecido de arrendamientos urbanos (vid. § 231 y sigs.). Como resultado de esta sentencia las partes firmaron un acuerdo amistoso el 8 de febrero de 2008 que el TEDH (Gran Sala) considera adecuado en su Sentencia de 28 de febrero de 2008 (con votos particulares disidentes de los jueces Zagrebelsky y Jaeger) por entender que «teniendo en cuenta tanto las medidas generales adoptadas para hacer frente al problema sistémico identificado por el Tribunal en su sentencia principal como las medidas concretas adoptadas para compensar al demandante, el Tribunal considera que el acuerdo se basa en el respeto a los derechos humanos amparados por el Convenio y sus Protocolos» (STEDH 28 febrero 2008, § 45). Entre las medidas que abordan el problema sistémico existente menciona el Tribunal las Sentencias del Tribunal Constitucional polaco 33/2005, de 17 de mayo, que considera inconstitucional el mecanismo de incremento de rentas (por resultar imprevisible e indeterminado) y 14/2006, de 11 de septiembre, según la cual resulta inconstitucional el mecanismo diseñado para que los arrendadores obtengan compensación económica por la permanencia obligada de sus inquilinos cuyo alquiler ha terminado en tanto el municipio les proporciona un alojamiento alternativo (por determinar una compensación insuficiente que no cubre necesariamente las pérdidas en que incurre el casero); también se mencionan las Leyes de 8 de diciembre de 2006 (para proporcionar a los municipios y asociaciones ayudas para construir o subvencionar viviendas sociales, protegidas y

En estos casos, en un sentido parecido (*mutatis mutandis*) a los supuestos de desalojos administrativos analizados en el apartado anterior (en los que se restringía el derecho a la vida privada de los ocupantes de terrenos sometidos a limitaciones urbanísticas), el TEDH ha admitido la posibilidad de restringir los derechos de propiedad y a la tutela efectiva que asisten a los propietarios demandantes (primero demandantes de ejecución ante los tribunales nacionales, luego demandantes de amparo ante el TEDH), siempre que, tal como exige el Convenio, la restricción sea conforme a la ley (1), persiga un objetivo legítimo en beneficio del interés general (2) y que se garantice en la adopción de las restricciones de un justo equilibrio o proporcionalidad entre medios y fines (3).

Por lo que se refiere a la exigencia de previsión normativa (1), el TEDH ha destacado la amplia tradición de la normativa tuitiva de la parte más débil en materia de vivienda<sup>299</sup>. En cuanto a la presencia de intereses generales (2) susceptibles de justificar el sacrificio de derechos amparados por el Convenio<sup>300</sup>, reconoce el Tribunal que los Estados disponen de un amplio margen para determinar cuales sean dichos intereses<sup>301</sup>, admitiendo, en todo caso, la especial

---

albergues) y de 15 de diciembre de 2006, de reforma de la ley de 2001 (para proteger los derechos de los inquilinos y los patrimonios municipales de vivienda), que introduce novedades en la ley de 2001 sobre incrementos de renta, gastos de mantenimiento y responsabilidad económica de los municipios en relación con la permanencia obligada de inquilinos (permitiendo una reclamación indemnizatoria contra el Municipio). También se adoptaron otra serie de medidas de fomento.

<sup>299</sup> En el caso *Scollo c. Italia*, STEDH de 28 de septiembre de 1995, el Tribunal Europeo señala que «el párrafo segundo (P1-1) otorga a los Estados el derecho a promulgar leyes que consideren necesarias para controlar el uso de la propiedad de acuerdo con el interés general. Tales leyes, especialmente comunes en el campo de la vivienda, que es en nuestras modernas sociedades una preocupación de las políticas sociales y económicas. Para dar cumplimiento a tales políticas, el legislador tiene un amplio margen de apreciación, tanto en lo relativo a la existencia de un problema o preocupación de interés público que requiera medidas de control, como en lo que se refiere a las reglas concretas para dar cumplimiento a tales medidas. El Tribunal respetará el juicio del legislador con relación al interés general salvo que tal juicio carezca de justificación razonable» (§ 28).

<sup>300</sup> «Toda interferencia con el disfrute de un derecho o libertad amparada por el Convenio debe perseguir un objetivo legítimo. El principio de un “justo equilibrio” [fair balance], que es inherente al art. 1 del Protocolo n.º 1, presupone en sí mismo la existencia de un interés general de la sociedad» (caso *Hutten-Czapaska c. Polonia*, Gran Sala, 2006, § 164).

<sup>301</sup> En el caso *Hutten-Czapaska c. Polonia* [Gran Sala], de 19 de junio de 2006, el Tribunal afirma que «dado su conocimiento de sus sociedades y de sus necesidades, las autoridades nacionales están, en principio, mejor situadas que los jueces internacionales para apreciar aquello que responde al interés “general” o “público”. Al amparo del sistema de protección establecido por el Convenio

relevancia de las necesidades de vivienda<sup>302</sup>. En particular, ha admitido que la perturbación del orden público que supone la ejecución simultánea de un gran número de órdenes de desalojo<sup>303</sup> (lanzamientos), así como la necesidad de hacer frente a la escasez crónica de vivienda<sup>304</sup>, son causas suficientes para adoptar una

---

corresponde a las autoridades nacionales realizar la valoración acerca de la existencia de un problema de interés público que justifique la aplicación de medidas en el ámbito del ejercicio del derecho de propiedad. Aquí, como en otros campos a los que se extiende la protección del Convenio, las autoridades nacionales disfrutaban de un margen de apreciación» (§ 165). Ideas que la Gran Sala reitera al formular sus conclusiones finales, pues, citando a la Sala [2005, § 185]: «en ámbitos como la vivienda de la población, los Estados deben necesariamente disfrutar de un amplio margen de apreciación no sólo en lo que respecta a la existencia de un problema de interés general que justifique las medidas de control de la propiedad individual, sino también en lo relativo a la elección de las medidas y su aplicación. El control del Estado sobre los niveles de renta es una de tales medidas y su aplicación a menudo puede causar una reducción significativa en la cantidad de la renta cobrada (véase, en particular, *Mellacher y otros c. Austria*, antes citada, § 45) [...]. Sin embargo, dicha facultad, siendo considerable, no es ilimitada, y su ejercicio, incluso en el contexto de la más compleja reforma del Estado, no puede acarrear consecuencias en contradicción con las normas del Convenio (véase *Broniowski*, § 182)» (§ 223).

<sup>302</sup> En el caso *Hutten-Czapka c. Polonia*, de 19 de junio de 2006, el TEDH [GS], afirma que «el concepto de interés “general” o “público” es, necesariamente, amplio. En particular, en esferas como la vivienda, que las sociedades modernas consideran una necesidad social primordial que representa un papel central en las políticas económicas y de bienestar de los Estados contratantes, puede a menudo exigir algún tipo de regulación estatal. En dicha esfera, decisiones como la de si (y, en su caso, cuando) se puede dejar completamente a las fuerzas del mercado o si debería quedar sujeta al control estatal, así como la elección de medidas para asegurar las necesidades de vivienda de la comunidad y el calendario para su realización, implican, necesariamente, la consideración de complejos factores sociales, económicos y políticos. Resultando normal que el margen de apreciación atribuido al legislador para desarrollar políticas sociales y económicas debe ser amplio, el Tribunal ha declarado en muchas ocasiones que debe respetar la valoración del legislador respecto a lo que sea el interés “general” o “público” a menos que tal juicio carezca manifiestamente de fundamento razonable. [...] (vid. *Mellacher y otros c. Austria*, § 48; *Scollo c. Italia*, § 27; *Inmobiliaria Saffi c. Italia*, § 49; *Palumbo c. Italia* —30 de nov de 2000— § 26, y, *mutatis mutandis*, *James y otros c. R.U.*, §§ 46 y 47; y *Broniowski c. Polonia*, § 149)» (§ 166).

<sup>303</sup> En el caso *Spadea y Scalabrino c. Italia*, el TEDH afirma que «al igual que la Comisión, el Tribunal observa que las disposiciones legislativas suspendiendo los desalojos durante el período de 1984 a 1988 fueron originadas por la necesidad de hacer frente al gran número de arrendamientos que expiraron en 1982 y 1983 y por el interés de que los inquilinos afectados pudieran encontrar nuevas viviendas o se les proporcionase viviendas sociales. El haber llevado adelante de modo simultáneo todos los desalojos previstos hubiera originado, sin duda, una grave tensión social y hubiera puesto en peligro el orden público» (§ 31). En los mismos términos, *caso Scollo c. Italia*, § 30 y *caso Saffi c. Italia* en que el tribunal afirma «que proceder simultáneamente a numerosas expulsiones hubiera provocado importantes tensiones sociales y puesto en peligro el orden público. De lo que se deduce que la legislación impugnada perseguía un fin legítimo conforme al interés general, como lo exige el segundo párrafo del artículo 1 (vid. *Spadea y Scalabrino*, §§. 31 y 32)» (caso Saffi, § 48).

<sup>304</sup> En el caso *Saffi c. Italia*, de 28 de julio de 1999, «el Tribunal señala que, para hacer frente a la penuria crónica de alojamientos, el Gobierno italiano había adoptado medidas de urgencia, que pretendían controlar los aumentos de los alquileres y la prórroga de la validez de los arrendamientos en vigor [...]. En los años 1982 y 1983, al vencer la última prórroga legal de arrendamientos, el Estado

normativa restrictiva que suspenda las órdenes judiciales de desalojo y escalone cronológicamente los correspondientes lanzamientos.

Para atender a la proporcionalidad de las medidas restrictivas adoptadas<sup>305</sup> (3) se atribuye a cada Estado (como ocurría en los supuestos analizados en el apartado anterior) un amplio margen de valoración, que, sin embargo, tampoco ahora es ilimitado y puede ser controlado por el Tribunal si «carece manifiestamente de fundamento»<sup>306</sup>.

---

italiano juzgó necesario recurrir a disposiciones de urgencia suspendiendo la ejecución de las órdenes de expulsión no urgentes [...]. El Tribunal dictaminó, como señala el Gobierno, que estas medidas legislativas podrían considerarse convenientes para alcanzar el fin legítimo perseguido, dada la necesidad de conseguir un equilibrio justo entre los intereses de la comunidad y el derecho de los propietarios (vid. *Spadea y Scalabrino c. Italia*, § 41)» (§ 52). En el *caso Hutten-Czapska c. Polonia* el TEDH (Sala, 2005) afirma que: «como resulta demostrado por la información aportada por las partes y por las importantes sentencias del Tribunal Constitucional de Polonia, el sistema de control de rentas en Polonia surgió a causa de la escasez de viviendas, la escasa oferta de viviendas en alquiler y el alto coste de adquisición de una vivienda. Se desarrolló con la intención de asegurar una protección social a los inquilinos y asegurar —especialmente para aquellos en difícil situación económica— una transición gradual desde un sistema de establecimiento de rentas bajo control del Estado hacia un sistema libremente negociado, durante las reformas fundamentales del país que siguieron al colapso del régimen comunista. El Tribunal acepta que en las circunstancias económicas del caso la legislación impugnada tenía una finalidad legítima en defensa del interés general, como exige el párrafo segundo del artículo 1» (§ 160) opinión con la que no discrepa la Gran Sala (2006, § 178).

<sup>305</sup> En el caso *Spadea y Scalabrino (1995)* el TEDH afirma que «tal como el Tribunal destacó en la sentencia dictada en el caso *Mellacher y otros* (cit. 1989, § 48), el párrafo segundo del artículo 1 del Protocolo 1 debe interpretarse a la luz del principio establecido en la primera frase del párrafo 1. En consecuencia, toda interferencia debe garantizar un justo equilibrio entre las demandas del interés general de la comunidad y las exigencias de protección de los derechos fundamentales de los individuos (ver, entre otros precedentes, *Sporrong y Lönnroth c. Suecia*, STEDH de 23 de septiembre de 1982, § 69). La preocupación por lograr este equilibrio se refleja en la estructura del artículo 1 (P1-1) en su conjunto y, por tanto, también en su segundo párrafo. Debe haber una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y los objetivos perseguidos (vid. *James y otros c. Reino Unido*, de 21 de febrero de 1986, § 50)» (§ 33); en idénticos términos se expresa el tribunal en el caso *Scollo c. Italia* (1995, § 32).

<sup>306</sup> En el caso *Saffi c. Italia*, de 28 de julio de 1999, el TEDH, al ocuparse de la «proporcionalidad de la interferencia [en el derecho de propiedad], afirma que «una medida de injerencia, especialmente aquella cuyo examen afecte al segundo párrafo del artículo 1, debe establecer un “justo equilibrio” entre los imperativos del interés general y la protección de los derechos fundamentales del individuo. La búsqueda de dicho equilibrio se refleja en la estructura del artículo 1 en su conjunto, por tanto, también en el segundo párrafo: debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. Controlando el cumplimiento de esta exigencia, el Tribunal concede al Estado un amplio margen de apreciación tanto para elegir las modalidades de ejecución como para juzgar si sus consecuencias se encuentran legitimadas, en el interés general, por la preocupación de alcanzar el objetivo de la ley en causa. Tratándose de campos como el de la vivienda, que ocupa un lugar central en las políticas sociales y económicas de las sociedades modernas, el Tribunal respeta la decisión tomada al respecto por el legislador nacional, salvo si está manifiestamente desprovista de base razonable» (caso *Saffi*, § 49). En el caso

El TEDH, al analizar el fundamento de proporcionalidad de las medidas restrictivas sobre los derechos amparados por el CEDH, considera el alcance que producen las dilaciones sobre los propietarios-ejecutantes (3.a); el grado amparo que obtienen los ocupantes (arrendatarios) a consecuencia de aquellas restricciones o dilaciones (3.b); y el equilibrio entre ambos elementos (3.c).

Para determinar el grado de restricción sufrido por el derecho a una ejecución sin dilaciones y por el derecho a la propiedad (3.a), el TEDH atribuye relevancia tanto al alcance de las restricciones en sí mismas consideradas (3.a.1) (caso *Hutten-Czapska c. Polonia* [GS], de 19 de junio de 2006<sup>307</sup>) como a su duración

---

*Hutten-Czapska c. Polonia* [GS], de 19 de junio de 2006, el Tribunal se ocupa del «principio de “justo equilibrio”» y señala que «una interferencia con el derecho de propiedad no sólo debe perseguir, de hecho y en línea de principios, un “objetivo legítimo” en defensa del “interés general”, sino que debe también mantener una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y los fines cuya consecuencia por parte del Estado se persigue con las medidas adoptadas, incluyendo las destinadas a controlar el uso de la propiedad individual. Ese requisito se expresa con la noción de “justo equilibrio” que debe establecerse entre las demandas del interés general de la comunidad y las exigencias de protección de los derechos fundamentales de los individuos. La preocupación por lograr dicho equilibrio se refleja en la estructura del artículo 1 del Protocolo n.º 1 en su conjunto. En cada caso en que es invocada la vulneración de dicho artículo el Tribunal debe, por tanto, determinar si por causa de la interferencia del Estado la persona afectada debe soportar una carga desproporcionada y excesiva (vid. *James y otros*, § 50; *Mellacher y otros*, § 48, y *Spadea and Scalabrino c. Italia*, § 33)» (§ 167).

<sup>307</sup> En el caso *Hutten-Czapska c. Polonia*, de 22 de febrero de 2005 (revisado por la Gran Sala en Sentencia de 19 de junio de 2006, siguiendo ésta el mismo criterio) las normas del Estado polaco sobre arrendamientos establecían (junto a limitaciones a la propiedad en materia de rentas y prórrogas, de naturaleza material, también consideradas contrarias al Convenio) que un inquilino no podía ser desalojado si el propietario o las autoridades no le ofrecían un alojamiento alternativo, lo que constituía según el Tribunal, una limitación excesiva y no permitida por el Convenio. Según la Gran Sala, si bien en el caso *Spadea y Scalabrino* «el Estado había suspendido temporalmente los lanzamientos de apartamentos de propiedad privada, los propietarios conservaban sin más restricciones su derecho a poner fin a los arrendamientos mediante un aviso. Por el contrario, en el caso actual, la legislación polaca exige un número de condiciones para poner fin a los arrendamientos que limita seriamente los derechos de los arrendadores» (*Hutten-Czapska c. Polonia* [GS], § 224). La Sala había manifestado que: «dada la situación excepcionalmente difícil de la vivienda en Polonia, las graves e inevitables consecuencias que había supuesto la reforma del mercado de alquileres, así como el impacto que tales reformas habían tenido en la economía y los derechos de numerosas personas, la decisión de introducir leyes restrictivas de los niveles de renta de las viviendas de propiedad privada para proteger a los inquilinos estaba justificada, especialmente en cuanto se imponía un límite temporal a la medida. [...] con la ley de 1994, como destacó el Tribunal Constitucional, la legislación de Polonia no proporcionaba mecanismo alguno para equilibrar los costes de mantenimiento de la propiedad con los ingresos procedentes de la renta controlada [...]. En este contexto y teniendo en cuenta las consecuencias que las diferentes disposiciones restrictivas tuvieron sobre el demandante, el Tribunal considera que la combinación de restricciones impuestas por la ley de 1994 afecta a la esencia misma del derecho de propiedad» (§ 176). La Gran Sala llegó a la misma conclusión (§ 203).

(3.a.2) (casos *Scollo c. Italia*, de 28 de septiembre de 1995<sup>308</sup> e *Immobiliaria Saffi c. Italia*, de 28 de julio de 1999<sup>309</sup>). En el caso *Saffi c. Italia* el Tribunal concluye que «mientras que puede aceptarse que los estados contratantes pueden, en circunstancias excepcionales y, como en este caso, usando su margen de apreciación para controlar el uso de la propiedad, intervenir en los procedimientos para ejecutar una decisión judicial, la consecuencia de tal intervención no debería ser que la ejecución resulte imposible, ineficaz o que se dilate indebidamente o, todavía menos, que la sustancia de la decisión judicial se vea socavada»<sup>310</sup>. El Tribunal

---

<sup>308</sup> En el caso *Scollo contra Italia*, STEDH de 28 de septiembre de 1995, el Tribunal estimó la violación del art. 1 del P 1 y del art. 6 del CEDH. En el mismo marco normativo que expusimos para la sentencia *Saffi c. Italia*, el demandante sufrió entre 1985 y 1995 la suspensión de la orden de desalojo contra su inquilino en diversas ocasiones; en diciembre de 1986 el Sr. Scollo hizo una declaración solemne acerca de su necesidad del inmueble para vivir en él con su familia (por lo que tenía prioridad legal), pero, pese a ello, los intentos de lanzamiento por el oficial del juzgado no fueron eficaces: entre octubre de 1986 y marzo de 1987, fracasaron nueve intentos de lanzamiento; entre abril de 1987 y febrero de 1988, ocho intentos de lanzamiento; entre mayo de 1989 y octubre de 1991, dieciocho intentos de lanzamiento, negándose el inquilino a abandonar el inmueble y no obteniendo el oficial del juzgado la asistencia policial requerida para poder consumarlo.

<sup>309</sup> El TEDH entiende que se atenta contra el derecho de propiedad del protocolo 1 (art. 1) y el art. 6 del CEDH por el retraso en el lanzamiento (ordenado en 1983) debido a la suspensión de las ordenes de puesta en posesión en diversas ocasiones entre 1984 y 1989 y, desde enero de 1990, al sistema de escalonamiento para obtener la colaboración de las fuerzas y cuerpos de seguridad en los lanzamientos. Como consecuencia de ello, la ejecución se dilató durante trece años, entre 1983 y 1996 (si bien la inmobiliaria Saffi adquirió el inmueble en 1988). Entre el 19 de noviembre de 1985 y el 9 de enero de 1996 el oficial del juzgado hizo diecisiete intentos de recobrar la posesión. Todos fueron infructuosos, pues, bajo las normas reguladoras de la suspensión de las órdenes de desalojo y de escalonamiento de la asistencia policial a los lanzamientos, el demandante no pudo nunca obtener el auxilio de la policía, máxime en cuanto su caso no reunía las condiciones para ser considerado prioritario. La inmobiliaria sólo recobró la posesión con la muerte del inquilino cuando ya el proceso ante el TEDH estaba en marcha. Por ello, «el Tribunal, al igual que la Comisión, estima que, el sistema de escalonamiento de la ejecución de las expulsiones, al que se añade una espera que ya se prolongaba desde hacía seis años debido a la suspensión legislativa de la ejecución forzosa de las expulsiones, impuso una carga particular y excesiva a la sociedad demandante y rompió, por tanto, el equilibrio a alcanzar» (Saffi, § 59).

<sup>310</sup> *Caso Saffi c. Italia*, STEDH, cit, § 74. En dicho párrafo el Tribunal continúa «en el presente asunto, como lo ha expuesto el Tribunal en los apartados 54 a 56 *supra* en lo referente a la queja planteada del artículo 1 del Protocolo núm. 1, la decisión del Juez de Instancia de Livourne en su orden de 21 de noviembre de 1983 ha sido privada de todo efecto útil por las disposiciones legislativas en litigio. Además, a partir del momento en el que el Prefecto se convirtió en la autoridad con competencia para fijar la fecha de expulsión forzosa, y en vista de la ausencia de un control judicial efectivo de sus decisiones, la sociedad demandante ha sido privada de su derecho a que la cuestión que le opone a su arrendatario sea decidida por un Tribunal, como lo quiere el artículo 6 del Convenio. Esto es contrario al principio de preeminencia del derecho. Por lo tanto, ha habido violación del artículo 6.1 del Convenio» (§ 74); «En cuanto a la queja acerca de la duración del proceso de ejecución, el Tribunal estima que debe ser considerado incluida en lo ya discutido» (§ 75).



Europeo parece estar afirmando, como es lógico, que el principio de proporcionalidad queda desbordado cuando se produce una vulneración del contenido esencial de uno de los derechos ponderados.

La situación económica y existencial de los ocupantes de las viviendas se han considerado un factor relevante para determinar la proporcionalidad de las dilaciones (3.b), de modo que si las medidas de protección eran dirigidas a arrendatarios en condición económica precaria o de avanzada edad, por ejemplo, las medidas de restricción del derecho de propiedad se hallaban más intensamente justificadas (caso *Spadea y Scalabrino c. Italia*, STEDH de 28 de septiembre de 1995)<sup>311</sup>; en cambio, si era el arrendador quien quedaba en situación precaria, como consecuencia de la falta de desalojo, la medida de restricción (impidiéndole la recuperación posesoria) debería estar más seriamente justificada para ser admisible (caso *Scollo —1995—*)<sup>312</sup>.

---

<sup>311</sup> En el caso *Spadea y Scalabrino c. Italia* el TEDH sostiene que «para determinar si las disposiciones son proporcionadas con el objetivo que pretenden alcanzar (proteger los intereses de los inquilinos de rentas baja y evitar riesgos para el orden público) el Tribunal, como la Comisión, considera necesario asegurarse en el presente caso de si los inquilinos del Sr. Spadea y de la Sra. Scalabrino fueron tratados de tal modo que se mantuviera el equilibrio entre los intereses en presencia» (§ 38); «La única razón para los desalojos fue que el arrendamiento había expirado; ninguna de las excepciones para impedir la suspensión de la ejecución (necesitar la vivienda para sí o sus familiares) se aplicaba a los demandantes. Además, las Sras. B y Z, que eran ancianas de medios limitados, habían pedido al Ayuntamiento de Milán su alojamiento en viviendas de renta baja» (§ 39).

<sup>312</sup> En el caso *Scollo c. Italia*, STEDH de 28 de septiembre de 1995, el Sr. Scollo había alegado que «la interferencia de que se trata era desproporcionada [...] que él era un “pequeño propietario” que deseaba ocupar el inmueble de su propiedad para habitarlo con su familia y criticó que la inercia del Estado italiano, que al hacer caso omiso a sus dos “declaraciones de necesidad” le había obligado a contraer deudas para compararse otra vivienda» (§ 33). El TEDH señala que «para determinar si estas medidas eran proporcionadas con el fin que pretendían alcanzar (proteger los intereses de inquilinos de renta baja y evitar los riesgos para el orden público) el Tribunal, como la Comisión, considera que necesario cerciorarse de si en este caso los inquilinos del Sr. Scollo fueron tratados de modo que se mantuviera el equilibrio entre los intereses en presencia» (§ 37); «El Tribunal acepta el argumento del Gobierno de que el Sr. Scollo no tuvo necesidad urgente de recobrar su propiedad durante todo el periodo en cuestión; pero no acepta la conclusión que pretende extraer de ello. No obstante, la declaración solemne del Sr. Scollo de 30 de noviembre de 1987, por la que debería haber implicado su prioridad en la obtención de asistencia policial para la ejecución del desalojo, el Prefecto nunca dio una orden para ello, y los intentos del agente que actuó a instancia del Sr. Scollo, fueron totalmente ineficaces. Además, el abogado del Sr. Scollo escribió dos veces al Comité de la prefectura (en 1 y 24 de septiembre de 1990) destacando que el caso de su cliente debería ser gestionado con rapidez ya que necesitaba la vivienda, no tenía trabajo y tenía un 71 % de incapacidad; además, desde 30 de noviembre de 1987 el Sr. V. [inquilino] no había pagado la totalidad de la renta. Las autoridades competentes no adoptaron ninguna en respuesta a estas dos solicitudes, a pesar de una nueva “declaración de necesidad” se había adjuntado a la primera carta» (§ 38). En el caso *Saffi contra Italia*

Para determinar la proporcionalidad de las medidas (3.c), el TEDH tiene en cuenta los mecanismos procedimentales de los que se sirve el Estado para determinar las necesidades y el alcance de las restricciones impuestas. En este sentido, el TEDH exige que la duración de la restricción del derecho de propiedad no sea arbitraria ni impredecible y que las medidas de restricción sean susceptibles de control por parte de las autoridades administrativas o judiciales<sup>313</sup>. Sobre estas premisas, el TEDH afirmó, en referencia al sistema italiano, que «en principio, un sistema de suspensión y escalonamiento de la ejecución de las ordenes judiciales [de desalojo] que termine con la recuperación de la propiedad por su titular no es, en sí mismo, motivo de crítica», pero también afirmó que «tal sistema conlleva el riesgo de imponer a los propietarios una carga excesiva en cuanto a la facultad de disponer de su propiedad y debe ir acompañado de ciertas salvaguardias procedimentales para asegurar que el funcionamiento del sistema y su impacto en los derechos de propiedad no sean ni arbitrarios ni impredecibles»<sup>314</sup>. Del mismo modo, en el caso

---

ni la inmobiliaria demandante tenía una situación peculiar ni la tenía el inquilino, por lo que el Tribunal concluye que «nada hace pensar que el arrendatario que ocupó los locales de la sociedad demandante mereciera una protección especial» (caso *Saffi*, § 58).

<sup>313</sup> En el caso *Saffi c. Italia*, el Tribunal afirma que «durante esta fase administrativa, ninguna jurisdicción podía pronunciarse sobre el impacto que los retrasos provocados por este sistema habrían de tener sobre el caso específico, ya que la acción del Prefecto que provocó los retrasos estaba autorizada y delimitada por la legislación impugnada [...]. Además, el Tribunal sostiene que, contrariamente al artículo 56 de ley n.º 392 de 1978, las medidas de urgencia en cuestión no fijaban el plazo máximo para recuperar el apartamento» (§ 54); «Durante alrededor de once años, y más particularmente a partir de enero de 1990, la sociedad I.B. en primer lugar y, a continuación, Inmobiliaria Saffi permanecieron en la incertidumbre en cuanto al momento en el que les sería posible recuperar el apartamento. No pudieron dirigirse ni al Juez de la ejecución, quien en un primer momento estimó razonable imponer a la sociedad I.B. una espera de al menos un año, ni al Tribunal administrativo, que no habría podido oponerse a la decisión del Prefecto de conceder prioridad a los asuntos urgentes que tenía en instancia, siendo esta legítima. Ni la sociedad I.B., ni Inmobiliaria Saffi tuvieron la posibilidad de exigir al Estado que tuviera en cuenta las dificultades concretas que habrían podido encontrar tras el aplazamiento de la expulsión [...]» (§ 56).

<sup>314</sup> *Caso Saffi c. Italia*, § 54. En este mismo párrafo el Tribunal señala que el sistema italiano padecía una cierta rigidez: en efecto, al prever que debían considerarse siempre prioritarios aquellos casos en que al vencimiento de los arrendamientos se uniera a la urgente necesidad del propietario de recuperar el apartamento para sí o su familia, se subordinaba sistemáticamente la posibilidad de ejecutar las expulsiones no urgentes a la ausencia de otras demandas consideradas prioritarias; de lo que se deduce que, teniendo en cuenta el número de demandas prioritarias todavía en instancia, las expulsiones no urgentes a partir de enero de 1990 no podían ser, en la práctica, ejecutadas. La concesión de asistencia por la fuerza pública, resultado de la aplicación de los criterios de prioridad por el Prefecto, acababa dependiendo, casi únicamente, del volumen de las demandas prioritarias de asistencia de la fuerza pública con respecto al número de policías de que disponía el Prefecto.[...]» (§ 54). Con relación a la duración del procedimiento a los efectos del derecho de tutela ex art. 6 CEDH, el Tribunal señala que «la sociedad demandante, sin embargo, no se queja en particular de esta

*Hutten-Czapska c. Polonia* [GS, 2006], el Tribunal afirmó que para estimar la proporcionalidad de las medidas la evaluación a realizar «debe considerar no sólo a las exigencias de reducciones de renta a las que se sometió individualmente a los propietarios y a la extensión de la interferencia del Estado en la libertad contractual y las relaciones contractuales en el mercado de alquiler, sino también en la existencia de garantías procedimentales y de otro tipo para asegurar que el funcionamiento del sistema y su impacto en los derechos de los propietarios no sean ni arbitrarios ni imprevisibles. La falta de certeza (sea legislativa, administrativa o procedente de la actividad de hecho de las autoridades) es un factor que debe ser tenido en cuenta para evaluar la conducta del Estado.»<sup>315</sup>.

Con todo, aun cuando el TEDH haya considerado en la mayoría de los casos a los que nos referimos que las medidas adoptadas excedían las legítimas restricciones a la propiedad en el marco del Convenio, ha reconocido, al propio tiempo (cierto que *obiter dicta*), la necesidad de algún tipo de medidas en favor de los ocupantes sin las cuales también se estaría vulnerando el Convenio. De este modo, en el caso *Hutten-Czapska c. Polonia* el TEDH [GS] sostiene que «el Estado polaco, debe, ante todo, a través de las adecuadas medidas legales o de otro tipo, asegurar en su propio ordenamiento un mecanismo para conseguir un adecuado equilibrio entre los intereses de los propietarios, incluidos los de obtener beneficio de su propiedad y el interés general de la comunidad (incluida la disponibilidad de viviendas suficientes para los menos favorecidos)»<sup>316</sup>. Destacamos, por tanto, que si bien se

---

suspensión legislativa de la ejecución de su orden de expulsión. Por el contrario, se queja de que el legislador italiano otorgó al Prefecto y a la comisión de la prefectura el poder de examinar las expulsiones caso por caso con el fin de determinar las que deben ser ejecutadas, lo cual dejaba inoperante la decisión del Juez de Instancia de Livourne» (§ 67).

<sup>315</sup> *Caso Hutten-Czapska c. Polonia* [GS], de 19 de junio de 2006, § 168.

<sup>316</sup> *Ibidem*, § 239. En el caso *Radanovic c. Croacia* (STEDH de 21 de diciembre de 2006) el TEDH «reconoce que las autoridades croatas se enfrentaron a una tarea especialmente difícil al tener que mantener un equilibrio entre los derechos de los propietarios y los de los ocupantes temporales en el contexto de retorno de refugiados y desplazados, ya que incluía tratar cuestiones socialmente sensibles. Dichas autoridades tenían, por un lado, que garantizar la protección de los derechos de propiedad del primero y, por otro, respetar los derechos sociales de los segundos, en ambos casos personas socialmente vulnerables. El Tribunal por lo tanto acepta que se debe conceder al Estado demandado un amplio margen de apreciación. Sin embargo, el ejercicio de la discrecionalidad del Estado no puede suponer consecuencias que estén en discrepancia con el Convenio [...]. En relación con esto, el

admite que la protección de los intereses generales y públicos relativos a la vivienda justifican las restricciones tanto del derecho de propiedad como del derecho a la tutela efectiva (restricciones que pueden manifestarse como una dilación en el lanzamiento), se constata que tales limitaciones se hallan controladas por el principio de proporcionalidad. La duración de la suspensión, para ser proporcionada, no puede ser indeterminada y su fijación debe ser adecuada a la necesidad que trata de satisfacer, es decir, ha de ser circunstanciada.

### 2.2.2. Inejecución en amparo de derechos individuales.

En ocasiones, la inejecución de sentencias de condena al desalojo de viviendas se justifica en el respeto debido a los derechos de sus ocupantes a la vida privada y familiar, así como a la integridad física y la salud. El TEDH también se ha pronunciado en estos casos sobre la vulneración del Convenio por dilaciones indebidas. En los supuestos ahora analizados los tribunales nacionales no habían actuado, como en los casos del apartado anterior, al amparo de una normativa especial protectora del inquilino u ocupante sino en aplicación de normas procesales comunes o, incluso, al margen de dicha normativa, procurando una tutela directa a los derechos de los ocupantes afectados<sup>317</sup>. En definitiva, se trataba de supuestos en

---

Tribunal reitera que una situación como la presente exige una justa distribución de las cargas sociales y financieras en cuestión. Estas cargas no pueden recaer sobre un grupo social particular o sobre una persona privada aisladamente, independientemente de los importantes intereses del otro grupo [refugiados y desplazados] o de la comunidad en su conjunto [...] Sin embargo, en este caso, la demandante estuvo obligada a soportar la carga, que debería haber sido asumida por el Estado, de proporcionar al ocupante temporal un lugar donde instalarse, carga que la demandante tuvo que soportar durante más de seis años» (§ 49).

<sup>317</sup> En el caso *Cvijetic. c. Croacia*, STEDH de 26 de febrero de 2004, la Sra. Cvijeti alegó vulneración de su derecho al disfrute de sus bienes (art. 1 del Protocolo n.º 1 al CEDH) de su derecho a la vida privada y familiar y al domicilio (art. 8 CEDH) y de su derecho a la tutela efectiva (art. 6 CEDH), pues la sentencia del Tribunal Municipal de Split que condenaba al desalojo del ocupante de un inmueble de su propiedad tardó ocho años en ejecutarse: entre 1994 y 2002 (si bien el Tribunal sólo enjuicia el tiempo transcurrido desde que el CEDH entró en vigor para Croacia el 6 de noviembre de 1997). La demandante alega una vulneración del derecho al desarrollo de un proceso en tiempo razonable y a la vida privada y familiar pues durante el tiempo expresado no pudo recuperar la vivienda en la que desarrollaba la misma y que había sido ocupada por la fuerza por el Sr. I. Š. La razón del retraso se debía, según el Estado demandado, a la presencia en la vivienda de veteranos de guerra y a que se requería para su desalojo asistencia médica que el sistema de ejecución croata no era capaz de proporcionar sin dilatar el procedimiento. El TEDH, comparando el caso con el caso *Saffi c. Italia*, afirma que «en este caso, sin embargo, el Estado no había tomado medidas legislativas para posponer o evitar la ejecución de la orden de desalojo. Por tanto, el tribunal considera que en este

que los tribunales nacionales dieron primacía al derecho de un individuo (el ocupante del inmueble, sujeto pasivo del lanzamiento cuya vida privada y familiar era afectada por el desalojo) sobre el de otro (el propietario que había obtenido la resolución judicial a su favor y demandante de ejecución) dilatando los procedimientos. Para el TEDH esta dilación es indebida. En cambio, para las autoridades nacionales, la protección de derechos del ocupante de vivienda justificaba la dilación.

El TEDH admite que el respeto a determinados bienes del demandado (como su salud) debe ser tenido en cuenta durante la ejecución por las autoridades nacionales (y, por consiguiente, debe determinar su actividad procesal) según criterios de proporcionalidad. Para apreciar la existencia de proporcionalidad, el Tribunal debe valorar la necesidad de las dilaciones ocasionadas en la ejecución, es decir, la posibilidad de haber evitado las dilaciones por otros medios; para valorar esta posibilidad el TEDH considera diversos factores: la diligencia mostrada por las

---

caso, a diferencia de en el caso *Saffi*, el tribunal tiene que valorar si las autoridades fueron diligentes en el cumplimiento de su deber de ejecutar el lanzamiento teniendo en cuenta que éste les llevó cerca de ocho años antes de que el demandante recobrarla la posesión de su apartamento» (§ 33). En el caso *Novoseletskij c. Ucrania*, de 22 de febrero de 2005, los Tribunales Ucranianos tardaron casi 5 años (entre 1996 y 2001) en dar tutela efectiva al demandante y su esposa que habían sido desposeídos ilegítimamente de su vivienda. La vivienda les había sido otorgada por el Centro de enseñanza en que trabajaba el demandante, que había sido de propiedad estatal, pero les fue retirada durante una de sus ausencias y entregada por la institución de enseñanza a otro ocupante, por lo que interpusieron acciones judiciales. Hasta tres audiencias fueron precisas hasta que se dictó sentencia en su favor en 1999. El Gobierno alegaba que tenía obligación de proporcionar a los ocupantes actuales una vivienda alternativa antes de devolverla al Sr. Novoseletskiy. En el caso *Radanovic c. Croacia* (STEDH de 21 de diciembre de 2006) una ciudadana croato-canadiense demandó al Estado croata ante la imposibilidad prolongada de recuperar la vivienda de su propiedad en Croacia tras regresar a su país después de haber estado refugiada en Canadá durante la guerra; la imposibilidad se debía al incumplimiento por las autoridades locales de su obligación legal, en aplicación de la *Ley de Toma de Posesión* (1995), de proporcionar una vivienda alternativa al ocupante, persona desplazada por la guerra. En el mismo sentido los casos *Kuni c. Croacia* (STEDH de 11 de enero de 2007) y *Vucak c. Croacia* (STEDH de 23 octubre de 2008); en ambos casos, el argumento del gobierno de no haberse agotado los recursos internos, se rechaza porque «el Tribunal advierte que los ocupantes provisionales [...] todavía habitan la casa del demandante y según la ley nacional tienen derecho a permanecer en ella hasta que el Estado les proporcione un alojamiento alternativo. En tanto el Estado no lo ha hecho todavía, cualquier vía legal tendente al desalojo de la casa de los demandantes estará abocada al fracaso» (§ 39). En el caso *Pibernik c. Croacia*, STEDH de 4 de marzo de 2004, el Sr Pibernik alegó la vulneración de su derecho a la vida privada y familiar y al respeto a su domicilio (art. 8 TEDH) y de su derecho a la tutela efectiva (art. 6 CEDH) pues la sentencia del Tribunal Municipal de Zagreb que condenaba al desalojo de su vivienda tardó, aun contando tan solo desde la entrada en vigor del CEDH para Croacia, más de tres años en ejecutarse.

autoridades estatales por evitarlas (a); la complejidad objetiva del caso (b), la responsabilidad del demandante (ejecutante) en la producción del retraso dilación (c) y la responsabilidad en la misma del ejecutado ocupante (d)<sup>318</sup>.

Por lo que respecta al primer criterio (a), esencial en el razonamiento del TEDH, entiende que no se debe considerar únicamente la actividad desplegada por los tribunales nacionales, sino también la actividad (o inactividad) del Estado demandado en su conjunto, afirmando entonces que un Estado incumple el convenio en un caso determinado si el retraso en la ejecución imputable al tribunal hubiera podido evitarse mediante una adecuada regulación y organización del sistema de ejecución forzosa (lo que incluye, desde luego, su articulación con las distintas Administraciones públicas)<sup>319</sup>. A diferencia de los casos en que el retraso en la ejecución se debe a razones extraordinarias en defensa del interés general (razones de orden público), los casos en que la razón del retraso en la ejecución son razones ordinarias en defensa de intereses particulares afectados por la misma, el sistema

---

<sup>318</sup> En el caso *Cvijetic c. Croacia*, STEDH de 26 de febrero de 2006, «el Tribunal reitera que la razonable duración de los procedimientos debe ser valorada a la luz de las circunstancias del caso aplicando los criterios establecidos en su jurisprudencia, en particular, la complejidad del caso, la conducta de los demandantes y de las autoridades competentes y lo que esté en juego para el demandante en el conflicto (vid., entre otros, *Frydender c. Francia* [GC], n.º. 30979/96, § 43)» (§ 37). Vid. STEDH *Moreira c. Portugal*, de 7 de octubre de 1988.

<sup>319</sup> En el caso *Cvijetic. Croacia*, STEDH de 26 de febrero de 2004, el TEDH afirma que «por lo que respecta a la conducta de las autoridades locales el Tribunal no puede aceptar que las circunstancias invocadas por el gobierno, como la presencia de veteranos de guerra (que obstaculizaron el desalojo) y la inasistencia de un médico al lanzamiento de la familia B. B., fueran de tal naturaleza que justificasen la dilación en los lanzamientos. A este respecto el Tribunal reitera que el artículo 6.1 del Convenio impone a los Estados contratantes el deber de organizar su sistema judicial de tal modo que sus tribunales puedan atender a cada una de sus exigencias, incluida la obligación de oír sus casos dentro de un plazo razonable de tiempo (vid. entre otros precedentes, *kyrtatos c. Grecia*, STEDH de 22 de mayo de 2003, § 42)» (§ 41). El mismo razonamiento es válido para estimar vulnerado el derecho a la vida privada y familiar de la demandante, afirmando el TEDH: «Como ha quedado ya establecido al evaluar el artículo 6 .1 del Convenio, el Tribunal no considera que exista ninguna circunstancia especial que hubiera justificado la no ejecución de la sentencia del Juzgado Municipal de Split durante un periodo de tiempo tan prolongado. Al contrario, es evidente, que el Estado contratante demuestra no haber organizado su sistema legal de tal modo que hubiera evitado la obstrucción de la ejecución de la decisión final de sus Tribunales. Tal deficiencia por parte de un Estado signatario ha creado o al menos ha permitido una situación en que la demandante fue privada del disfrute de su hogar durante un largo periodo de tiempo. Así pues, no se puede afirmar que el Estado signatario haya cumplido con las obligaciones que le impone el artículo 8 del Convenio de asegurar el respeto al domicilio de la demandante» (§ 53).

jurídico de un estado debe disponer de medios adecuados<sup>320</sup>. Esto no significa que en la regulación y desarrollo de la ejecución no se puedan introducir limitaciones a la efectividad del proceso (mediante dilaciones) y al derecho protegido por éste (la propiedad, por ejemplo) derivadas de las exigencias de proporcionalidad que reclaman los derechos fundamentales de los sujetos ejecutados (como el derecho a la vida privada y familiar) en defensa de su interés particular: pero éstas limitaciones (por su carácter singular y su normalidad) son de menos entidad que las autorizadas por las funciones institucionales que la propiedad debe soportar cuando está implicado el orden público<sup>321</sup>.

---

<sup>320</sup> En el caso *Matheus c. Francia*, de 31 de marzo de 2005, el Sr. Matheus había arrendado en 1972 un terreno en el que el arrendatario (el Sr MF) había instalado (autorizado a ello por los términos del contrato) una vivienda; en 1982 dio por terminado el arrendamiento; solicitado el desahucio obtuvo sentencia firme en 1988; la ejecución no se consumó y en el año 2004 (16 años después de la sentencia firme) el Sr. Matheus vendió su terreno al Sr. MF. El Estado francés justificó la inactividad del prefecto (que no facilitó al *Hussier* el auxilio de la fuerza pública que le reclamaba) sosteniendo que: «el Prefecto responsable de autorizar el uso de la fuerza pública en su departamento llevó a cabo actuaciones cuyo resultado no le permitieron afrontar el uso de la fuerza pública para el desahucio de que M.F. y su familia, pues se trataba de una familia de ocho personas con dos menores, con ingresos limitados y para la que no existía posibilidad de realojo. Además hubo un Comité de apoyo a los arrendatarios. Según el Gobierno, el Prefecto prefirió intentar una solución amistosa entre el demandante y el ocupante del terreno antes de recurrir a la ejecución forzosa del desahucio». El TEDH, frente a este argumento, expresa muy claramente la diferencia de estos casos con aquellos en los que el motivo de la dilación es la defensa del orden público, tanto en lo que concierne al derecho a la tutela: «este Tribunal ha estimado que si se puede admitir que los Estados intervengan en un procedimiento de ejecución de una resolución de los Tribunales de justicia, esa intervención no puede tener como consecuencia impedir, invalidar o retardar de manera excesiva la ejecución, ni menos aun poner en cuestión el fondo de tal decisión (*Inmobiliare Saffi*). Una suspensión en la ejecución de una resolución judicial durante el tiempo estrictamente necesario para encontrar una solución satisfactoria a los problemas de orden público puede justificarse circunstancias excepcionales» (§ 55); como en lo relativo al derecho de propiedad «[...] a diferencia del asunto *Inmobiliaria Saffi*, la interferencia cuestionada por el demandante no debe analizarse como una medida de regulación del uso de la propiedad en el sentido que le da el artículo 1 del Protocolo número 1[...] en el caso concreto que nos ocupa y aunque la cuestión del realojo del ocupante a resultados del procedimiento de ejecución debía haberse tomado en cuenta, el rechazo al auxilio de la fuerza pública no se deriva de la aplicación de una ley relativa a política social y económica en el ámbito de la vivienda o de asistencia social a arrendatarios en dificultades sino de un incumplimiento de los *Huissiers de justice* y del Prefecto, es decir de un rechazo deliberado por parte de este último, en circunstancias locales particulares y durante dieciséis años de prestar el apoyo de la fuerza pública en un procedimiento de desalojo. Según este Tribunal, sería exagerado a la vista de las circunstancias, considerar que la situación denunciada que supuso el mantenimiento del ocupante en el terreno nazca de una reglamentación sobre el uso de la propiedad conforme al interés general» (§ 68).

<sup>321</sup> Muy claramente, en el caso *Matheus c. Francia*, recién citado en que el TEDH, al condenar al Estado francés por vulneración del art. 6.1 del CEDH, afirma que «las motivaciones de orden social, loables en su momento, no justifican una ocupación ilegal de más de dieciséis años, pues el tiempo transcurrido habría debido permitir encontrar una solución al realojo de la familia afectada» (§ 59), concluyendo que «no obstante las circunstancias muy particulares del asunto unidas a las partes

En cuanto al segundo criterio para medir la necesidad de las dilaciones, la complejidad de las circunstancias objetivas del caso (b), el TEDH considera que circunstancias imprevisibles o complejas permiten considerar admisible una dilación que, en circunstancias normales, no lo sería. Por tanto, aquellos obstáculos predecibles (como las necesidades sanitarias o asistenciales de los sujetos desalojados más vulnerables) deberán ser contemplados por el sistema de ejecución y no podrán justificar las dilaciones<sup>322</sup>.

En tercer lugar, considera el Tribunal la contribución de la conducta del ejecutante a la producción de las dilaciones (c): una mayor contribución permite diluir o aligerar la responsabilidad del Estado frente a las mismas al no ser ya imputables exclusivamente a las carencias del sistema de ejecución<sup>323</sup>.

---

mismas, corresponde, en definitiva, al Prefecto hacer respetar la obligación de ejecutar la sentencia de la *Cour d'Appel* de 11 de abril de 1988. Por la negativa a prestar el concurso de la fuerza pública a la ejecución, esta resolución ha perdido todo efecto útil al cabo del tiempo sin que las circunstancias excepcionales puedan explicar tal exceso de poder. Por lo tanto, la prolongación excesiva de la inejecución de la resolución de los órganos de justicia y la incertidumbre que de ello resulta para el demandante en cuanto al disfrute de su propiedad, ha obstaculizado su derecho a una protección judicial efectiva garantizada por el artículo 6.1º del Convenio. Por lo tanto ha habido vulneración de este precepto» (§ 60). En el mismo sentido y con respecto a la vulneración del derecho de propiedad sostiene que «es forzoso constatar que el rechazo a autorizar el auxilio de la fuerza pública en el caso que nos ocupa, tuvo como consecuencia, [...], que se culminase en una especie de expropiación privada de la que el ocupante ilegal ha resultado beneficiario. Esta situación remite al riesgo de deriva —en ausencia de un sistema de ejecución eficaz evocado en la Recomendación del Comité de Ministros en materia de ejecución de resoluciones en el campo de la justicia— que aboque a una forma de “justicia privada” contraria a la preeminencia de la Ley» (§ 68).

<sup>322</sup> En el caso *Cvijeti c. Croacia* (26 de febrero de 2004), el TEDH afirma que «por lo que respecta a la complejidad del caso el Tribunal hace notar, en primer lugar, que la competencia del Tribunal *ratione temporis* se extiende a la ejecución de la sentencia definitiva del Tribunal ordenando el lanzamiento de I. S del apartamento del demandante. El Tribunal estima que no hubo que decidir ningún asunto durante el proceso de ejecución y que el proceso no fue complejo en ningún sentido» (§. 40); dado que el ocupante necesitaba asistencia médica el demandante debía tener la posibilidad de hacer comprobar este extremo mediante un examen médico. Este criterio también está presente en el caso *Novoseletskij c. Ucrania* (22 de febrero de 2005), para determinar la proporcionalidad de la duración del proceso con relación al derecho a la vida privada y familiar amenazada por tal dilación: «a primera vista, el Tribunal no considera que la complejidad legal de este caso fuera tal como para dar lugar a tres audiencias y durar tres años, en particular a la vista de que estaba en juego el derecho de los demandantes a la vida privada y familiar» (§ 74).

<sup>323</sup> En *Cvijeti c. Croacia*, (26 de febrero de 2004) se señala que «por lo que respecta a la conducta del demandante el Tribunal hace notar que dentro del periodo sometido a su examen el demandante abonó en una ocasión con cierto retraso la provisión de fondos para los gastos de lanzamiento y que no acudió al lanzamiento que fuera señalado el 15 de octubre de 1997. Sin embargo, estas circunstancias, imputables al demandante, no pudieron en ningún modo justificar la duración del proceso en su conjunto» (§ 42).



Con esta línea jurisprudencial el TEDH profundiza en la jurisprudencia anterior (a la que nos hemos referido al exponer los «modelos» de Italia y Polonia) en la que también había considerado que las deficiencias estructurales de un sistema de protección procesal a los arrendatarios de renta baja no justifican, por sí solas, el sacrificio de los derechos procesales (el derecho a la tutela sin dilaciones) y materiales (el derecho a la propiedad privada, por ejemplo) reconocidos en el CEDH y, por tanto, no impiden una condena por parte del TEDH, siempre que una regulación legal y una organización administrativa o judicial más efectivas hubieran permitido salvaguardarlos.

¿Exige entonces el CEDH que el Estado desaloje a los ocupantes de vivienda que carecen de recursos, privándoles de la misma sin ofrecerles alojamiento alternativo, alegando que su sistema de ejecución no está —todavía— organizado de tal modo que pueda atender este derecho a la par que el derecho de propiedad y a la tutela efectiva de los demandantes-propietarios?. Aunque el TEDH no haya respondido de modo frontal a esta pregunta en los casos que nos ocupan (desalojos judiciales desarrollados en tutela efectiva de un particular)<sup>324</sup> debe notarse que sus razonamientos pivotan en torno al principio de proporcionalidad lo que demuestra que desde la perspectiva del TEDH, el Convenio exige de los Estados, al actuar a través de sus tribunales, la consideración conjunta de los distintos derechos humanos en presencia (a la tutela efectiva, a la vida privada y familiar, a la propiedad...), para lo cual es exigible no sólo la ponderación judicial sino que la totalidad de elementos del sistema jurídico (lo que incluye tanto las normas pertinentes como los medios administrativos dispuestos para su ejecución) estén organizados de modo que el resultado de la intervención (judicial o administrativa) sea conforme al Convenio.

En nuestra opinión, es relevante que el TEDH atribuya en su argumentación la responsabilidad directa por el incumplimiento del Convenio a la falta de un

---

<sup>324</sup> Si que lo han hecho, como hemos comprobado en el capítulo anterior, diversos órganos del Sistema de Naciones Unidas en el sentido de constatar la existencia de exigencias mínimas para los estados en relación con la vivienda de sus ciudadanos incluso en los casos de desalojos justificados y conformes a la ley. Otros órganos del Consejo de Europa —el Comité de Derechos Sociales— como pasamos a comprobar en el siguiente apartado, han llegado también a esta conclusión (incluso con mayor contundencia).

adecuado sistema de ejecución y no tanto a la interpretación y aplicación por los tribunales nacionales de las normas procesales. Las dilaciones surgidas en el curso del proceso son la consecuencia de la falta de mecanismos apropiados y, por tanto, son imputables al Estado; pero las resoluciones adoptadas por los tribunales, atendido el margen otorgado por los mecanismos disponibles, no son objeto de especial crítica por el Tribunal Europeo. Es decir, el TEDH no dice que los jueces no hicieran bien al impedir (dilatar) el lanzamiento sino que el Estado (signatario del CEDH y sujeto pasivo del proceso ante el TEDH) incumplió el convenio al organizar su sistema<sup>325</sup>. Es más: desde el punto de vista del TEDH, un tribunal nacional actuaría contra el CEDH si desalojara a los ocupantes de un inmueble sin tener en consideración su situación personal y lo suspendiera en caso de verse en peligro su vida privada y familiar o su salud e integridad física.

Muchas de las situaciones en que el Estado se ve incapacitado de satisfacer manera acorde con el CEDH los diferentes derechos en presencia, se deben no tanto a una inadecuada ponderación judicial de tales derechos como a una inadecuada regulación legislativa o una insuficiente dotación de medios a las Administraciones públicas. El tribunal pondera adecuadamente cuando decide no privar de modo absoluto de un derecho (vida privada y familiar; salud o integridad física) a costa de privar de modo relativo (dilación en la satisfacción del derecho a la tutela o de

---

<sup>325</sup> Como señala RODÉS MATEU en su comentario a la STC 93/2008, de 21 de julio (retraso del tribunal contencioso-administrativo de instancia en pronunciarse sobre el permiso de residencia y trabajo de un inmigrante en proceso de normalización), el TC español, al pronunciarse sobre las dilaciones indebidas derivadas de la gran carga de asuntos encomendados a un tribunal, entiende que «la causa estructural del retraso no es óbice para el otorgamiento del amparo ya que dicha causa no puede restringir o condicionar el alcance de este derecho fundamental», pero, al propio tiempo, el Tribunal reconoce que «el órgano judicial obró con la debida diligencia (aunque la violación del derecho proviene de un órgano judicial —acción u omisión— y es imputable al órgano que la ha originado)»; el autor citado (siguiendo a GARCÍA LLOVET, E., «Control del acto político y garantía de los derechos fundamentales. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 36, 1992, pág. 293) concluye que «el mandato constitucional de los poderes públicos de dotación de los medios materiales y humanos que hagan posible un funcionamiento de la Administración de Justicia que permita la garantía del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, recae, en primer lugar, en el Gobierno, protagonista privilegiado de la elaboración de los Presupuestos de coformidad con nuestro texto constitucional; al mismo corresponde el impulso y un poder de veto sobre la actividad de las Cámaras en su aprobación, de todos conocido. Pero también corresponde al Gobierno, previo informe del Consejo General del Poder Judicial, importantes funciones que inciden decisivamente en la disponibilidad de medios personales, [...]» (Rodés Mateu, Adrià, «Las deficiencias en la organización de la Administración de Justicia y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, 2009, págs. 769 y 770).

propiedad, con posibilidad de prestarlo más adelante). De este modo, si una resolución judicial posponiendo el desalojo de una vivienda para permitir el reasentamiento de sus ocupantes (evitando así vulnerar su derecho a la vida privada y familiar), siendo una decisión acorde con el principio de proporcionalidad, puede ocasionar dilaciones indebidas porque el estado no dispone (o, aun peor, dispone de ellas pero no las pone a disposición del tribunal) las estructuras y recursos que permitirían el reasentamiento en un plazo razonable de tiempo. La resolución de tales situaciones de conflicto requiere no tanto una más adecuada ponderación judicial en el caso concreto (que habrá sido correcta) como una reforma de los mecanismos al servicio de la ejecución; esto es, precisamente, lo que el TEDH afirma cuando sostiene que «el artículo 6.1 del Convenio impone a los Estados contratantes el deber de organizar su sistema jurídico de tal modo que sus tribunales puedan atender a cada una de sus exigencias, incluida la obligación de oír sus casos dentro de un plazo razonable de tiempo»<sup>326</sup>.

El TEDH se ha pronunciado sobre los recursos y medios puestos a disposición del sistema de ejecución. En determinados ámbitos, el TEDH ha dejado claro que los derechos reconocidos en el CEDH no pueden ceder unos sobre otros sino que deben articularse mediante un adecuado sistema de ejecución poniendo a su servicio los recursos materiales que este requiera. En este sentido, se ha manifestado el TEDH al pronunciarse en un ámbito de ejecución con ciertas similitudes al que ahora nos ocupa: la ejecución de sentencias que amparan el derecho de comunicación de los padres con sus hijos (donde la ponderación se produce entre el art. 6.1 del CEDH, derecho a la ejecución, y el art. 8 del CEDH, derecho a la protección de la vida familiar). El Tribunal reconoce que el cumplimiento adecuado (conforme al Convenio) de estas sentencias puede requerir el auxilio de servicios sociales, psicológicos o de psiquiatras infantiles para que puedan llevarse a cabo sin perjudicar a los menores implicados. En el caso *Ignaccolo Zenide c. Rumanía*, de 25 de enero de 2000, el TEDH critica que las autoridades para favorecer el ejercicio del derecho de reunión con sus hijos que asistía a uno de los progenitores, no proporcionaran la asistencia de trabajadores sociales, psicólogos o psiquiatras

---

<sup>326</sup> Caso *Cvijetic. Croacia*, STEDH de 26 de febrero de 2004, § 41.

infantiles así como que éstos no prepararan adecuadamente las reuniones<sup>327</sup>. En el caso *Marzari c. Italia*, (1999; decisión de inadmisión) el TEDH admitió la existencia, en ciertas circunstancias, del deber positivo del Estado de proporcionar alojamiento alternativo al sujeto desalojado<sup>328</sup>.

En otras ocasiones, el TEDH ha sugerido que la imposibilidad del Estado para otorgar las prestaciones a que se ha comprometido legalmente (por ejemplo, otorgar una vivienda a ciertas categorías de ciudadanos), podría resolverse retirando de sus leyes el derecho a esas prestaciones para las que el Estado no tiene recursos. Se trata de casos en que las prestaciones asumidas del Estado condenado excedían los mínimos exigibles para la satisfacción de los derechos fundamentales reconocidos

---

<sup>327</sup> STEDH *Ignaccolo Zenide c. Rumanía*, de 25 de enero de 2000, § 112; En el caso *Sophia Gudrun Hansen c. Turquía*, de 23 de septiembre de 2003, reconoce que «el deber de las autoridades de adoptar medidas para posibilitar la reunión de un progenitor con sus hijos no es absoluto en cuanto dicha reunión, cuando éstos han vivido durante algún tiempo con el otro progenitor, no puede realizarse de modo inmediato y se necesitan medidas preparatorias. La naturaleza y extensión de tales preparativos dependerá de las circunstancias de cada caso, pero el entendimiento y cooperación entre todos los implicados es siempre un aspecto importante. Así como las autoridades deben hacer lo máximo posible para facilitar tal cooperación, la obligación de ejercer la coerción en este terreno debe estar restringida por cuanto los intereses, así como los derechos y libertades, de todos los implicados deben tenerse en cuenta y, en particular, el superior interés de los menores y de sus derechos amparados por el art. 8 del Convenio. Si los contactos con el progenitor [que ejercita un derecho de acceso a los menores] pudiera amenazar dichos intereses o interferir con tales derechos, corresponde a las autoridades nacionales procurar un justo equilibrio entre ellos» (§ 99) y sostiene que las autoridades «no procuraron el asesoramiento de los servicios sociales o la asistencia de psicólogos o psiquiatras infantiles para facilitar el derecho de reunión de la demandante con sus hijas y para crear una atmósfera de mayor cooperación entre la demandante y su ex-marido» (§ 101); por ello, «el Tribunal no está de acuerdo con las afirmaciones del gobierno de que las autoridades turcas hicieron todo lo que razonablemente podía esperarse de ellas para ejecutar el derecho de acceso de la demandante a sus hijas» (§ 107).

<sup>328</sup> Afirmando que «si bien el art. 8 no garantiza el derecho de todo ciudadano a que las autoridades resuelvan su problema de vivienda, la negativa de dichas autoridades a proporcionar la ayuda correspondiente a quien sufre una enfermedad grave se vuelve relevante a la luz del art. 8 del Convenio pues repercuten en la vida privada. Al respecto, el Tribunal recuerda que si bien el objeto de esta norma es proteger al individuo de frente a interferencias arbitrarias por parte de las autoridades, esta obligación no sólo compele al Estado únicamente a abstenerse de la interferencia citada sino que junto a tal deber de abstención pueden existir obligaciones positivas inherentes al efectivo respeto de la vida privada. Un estado tendrá obligaciones de este tipo cuando exista un vínculo inmediato y directo entre las medidas solicitadas por el demandante y su vida privada». No obstante, el Tribunal consideró infundada la reclamación y decreta su inadmisión al entender que las autoridades locales habían cubierto las obligaciones positivas mencionadas en respeto al derecho a la vida privada del ocupante en tanto que trataron de evitar el desalojo durante mucho tiempo (entre el 30 de abril de 1993 y el 28 de enero de 1998, fecha en que iniciaron el procedimiento de desalojo), proporcionándole alojamiento alternativo al que renunció.

en el Convenio<sup>329</sup>. Sin embargo, en los supuestos de desalojo que analizamos no se afirma tanto que el Estado esté obligado a una prestación positiva y, desde el punto de vista del CEDH, discrecional, sino que lo está a abstenerse de una conducta (el desalojo a través de su Administración o sus Tribunales) que lesiona de manera directa el derecho (a la vivienda) de que ya disfruta el ocupante según el CEDH (vida privada y familiar). Lógicamente, la abstención que se reclama al Estado (que el desalojo no deje personas sin hogar expuestas a la vulneración de su derecho a la intimidad y a la vida privada y familiar) sólo podrá cumplirla, ante ciertas categorías de personas (personas sin recursos) y sin incurrir a la vez en dilaciones indebidas o en la denegación del derecho de propiedad, si pone de determinados medios al servicio de su sistema de ejecución.

### 3. La protección a la vivienda en la Carta Social Europea

Los países miembros del Consejo de Europa han suscrito dos tratados en materia de derechos fundamentales: el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), de 1950, cuyas repercusiones en materia de desalojos acabamos de analizar, y la Carta Social Europea de la cual existen actualmente dos versiones en vigor, la originaria, de 1961<sup>330</sup>, y la revisada, de 1996<sup>331</sup> (firmada pero no ratificada por España).

---

<sup>329</sup> En esta línea puede leerse la STEDH de 28 de julio de 2009 (*caso Olaru y otros c. Moldavia*), en la cual el TEDH condena al Estado por vulneración del art. 6 del Convenio (derecho al proceso debido en un plazo razonable) y del artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio (derecho al disfrute pacífico de los bienes) pues no se ejecutó una sentencia que ordenaba la entrega de viviendas sociales a ciertas categorías de personas con derecho a ellas según la ley del país (entre las que se contaba el Sr. Olaru). Al tiempo de la sentencia había 100 casos de inejecución similares, muchos de ellos ante el TEDH. El Estado Moldavo alegó la existencia de un problema estructural para dar vivienda a todas las personas a las que la legislación Moldava reconocía tal derecho (potencialmente, unas 10.000 personas, entre jueces, fiscales, policías, personas desplazadas y funcionarios de prisiones): la ley había atribuido esta obligación a las autoridades locales sin proporcionar, al propio tiempo, los recursos financieros necesarios; el Estado tenía previsto suprimir los derechos a la vivienda de 23 categorías de personas a las que se había otorgado. El TEDH, aunque reconoce la existencia de un problema estructural, declara que es el Estado el que tiene la carga de organizar su sistema jurídico, de modo que pueda atender las obligaciones del CEDH (en este caso, a la ejecución de sentencias como parte del derecho al proceso)(§§ 42 y sigs.).

<sup>330</sup> El texto de la Carta Social Europea fue abierto la firma en Turín el 18 de octubre de 1961 y entró en vigor el 26 de febrero de 1965. La Carta fue desarrollada por un primer Protocolo Adicional, de 5 de mayo de 1988, incorporando nuevos derechos, en vigor desde el 4 de septiembre de 1992 y por un segundo Protocolo Adicional, de 9 de noviembre de 1995, creando el mecanismo de reclamaciones colectivas, en vigor desde 1 de septiembre de 1998. Fue modificada mediante el Protocolo de Turín, de 21 de octubre de 1991, de reforma del sistema de supervisión de informes. La

Los derechos reconocidos por el CEDH están sometidos al control de un verdadero tribunal de justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia en materia de desalojos ya hemos analizado. La supervisión del cumplimiento de los derechos reconocidos en la Carta Social Europea corresponde a dos órganos: el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS)<sup>332</sup>, órgano de carácter técnico integrado por expertos independientes nombrados por los Estados, y el Comité de Ministros del Consejo de Europa, de naturaleza política.

El derecho a la vivienda, como derecho a la satisfacción de dicha necesidad básica, no está reconocido de forma expresa en la versión original de la Carta Social Europea (1961); sin embargo, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha considerado que el derecho a la vivienda adecuada, incluida la prohibición de desalojos forzosos, se haya amparado por el art. 16 de la Carta Social Europea (1961) en cuanto garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia.

«Derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica.— Con miras a lograr las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad, las partes contratantes se comprometen a fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayudas a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas» (art. 16 CSE).

---

Carta Social Europea fue ratificada por España el 6 de mayo de 1980, entrando en vigor el 5 de junio de 1980; el protocolo adicional de 1988 fue ratificado por España el 24 de enero de 2000 y entró en vigor el 23 de febrero de 2000. El protocolo adicional de 1995 (mecanismo de reclamaciones colectivas) no ha sido firmado por España. El Protocolo de Turín de 1991, en cambio, fue firmado por España el 21 de octubre de 1991 y ratificado el 24 de enero de 2000 (aplicándose a todos los Estados desde su adopción por decisión del Comité de Ministros del Consejo de Europa).

<sup>331</sup> El Texto revisado de la Carta Social Europea fue adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa (oído el Parlamento Europeo) el 3 de abril de 1996 y abierto a la firma el 3 de mayo de 1996. Entró en vigor en 1999. Fue firmado por España el 23 de octubre de 2000 pero aún no ha sido ratificado.

<sup>332</sup> Es un órgano creado por el art. 25 de la Carta Social Europea. Antes de 2000 se conocía como Comité de Expertos Independientes. Formado por expertos nombrados por el Comité de Ministros del Consejo de Europa cuya misión es evaluar la conformidad de la conducta de un Estado con los derechos reconocidos en la Carta Social Europea (art. 24 de la CSE según el Protocolo de Turín). Vid. <http://www.coe.int/socialcharter>

Así lo ha afirmado el Comité, tanto en sus conclusiones a los informes anuales de los Estados (a partir de 1991, fecha de implementación del sistema de informes), como al contestar a las reclamaciones formuladas en el marco del «procedimiento de reclamaciones colectivas» (a partir del 1 de septiembre de 1998, fecha de implantación de este mecanismo de tutela —no suscrito por España—).

La Carta Social Europea revisada (adoptada en 1996 y en vigor desde 1999, ya firmada por España, pero aún no ratificada) también reconoce el derecho a la protección social, económica y jurídica de la familia, afirmando en la *Parte Primera* de la Carta:

«Las partes aceptan como un objetivo de su política, que debe conseguirse por todos los medios, tanto de carácter nacional como internacional, que sean apropiados, el logro de las condiciones en que los siguientes derechos y principios puedan tener efectiva realización: [...] 16. La familia, como célula fundamental de la sociedad, tiene el derecho a la adecuada protección económica, social y jurídica que asegure su pleno desarrollo»

Por ello, en la *Segunda Parte*, reconoce en el artículo 16, la protección de la familia en los mismos términos que la versión de 1961.

Además, en la *Primera Parte* de la versión revisada de la Carta se afirma que «Todos tienen derecho a la vivienda», por lo que en la *Segunda parte*, en el art. 31, se establece:

«Con vistas a garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la vivienda, las Partes se comprometen a adoptar medidas destinadas a: 1. promover el acceso a la vivienda de un nivel adecuado, 2. prevenir y reducir el número de personas sin hogar, de cara a su eliminación gradual, 3. hacer que el precio de vivienda accesible para las personas sin recursos suficientes» (art. 31 CSE —revisada—).

Finalmente, el art. 4 del primer Protocolo Adicional (1988) se reconoce del derecho de las personas ancianas «disponer de viviendas apropiadas a sus necesidades y estado de salud o de ayudas adecuadas para el acondicionamiento de la vivienda».

## **4. Interpretación y aplicación del derecho a la vivienda en el ámbito del Consejo de Europa.**

### *4.1. Pronunciamientos del Consejo de Ministros del Consejo de Europa*

El Comité de Ministros del Consejo de Europa se ha manifestado sobre el derecho a la vivienda y su relación con los desalojos a través de diversas *Recomendaciones*. Pueden citarse la Recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el derecho a la satisfacción de las necesidades materiales básicas de las personas en situaciones de extrema necesidad, de 19 de enero de 2000 (CM/Rec(2000)3); la Recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el desplazamiento y los campamentos de transeúntes en Europa (CM/Rec(2004)14); la Recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la mejora de las condiciones de vivienda de los gitanos y de los transeúntes en Europa, de 23 de febrero de 2005 (CM/Rec(2005)4) y la Recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre políticas relativas a los gitanos y/o transeúntes en Europa (CM/Rec(2008)5)

En su recomendación de 2005, recién citada, el Comité de Ministros manifiesta la necesidad de protección frente a desalojos contrarios a la ley y la exigencia de respeto a determinadas condiciones y garantías para que los desalojos puedan considerarse conformes a la Carta, destacando la exigencia de un alojamiento alternativo para los desalojados y determinadas garantías procedimentales:

«Los Estados miembros deben establecer un marco legal que sea conforme a los estándares internacionales de derechos humanos para asegurar una protección eficaz contra aquellos desalojos que sean contrarios a la ley y contra los desalojos colectivos así como para controlar estrictamente las condiciones en las cuales los desalojos conformes a la ley deben desarrollarse. Para que los desalojos sean acordes con la ley deben proporcionar a los gitanos un alojamiento alternativo apropiado cuando lo necesiten, excepto en casos de fuerza mayor. La legislación debe regular con precisión los procedimientos para los desalojos y tal legislación debe cumplir con los estándares y principios internacionales aplicables a los derechos humanos, incluidos los contemplados en el Comentario General n.º 7 sobre desalojos forzosos del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Se debe prever la consulta con las comunidades



o individuos afectados, realizar un preaviso adecuado; se debe proporcionar información, garantizar que el desalojo se lleve cabo de forma razonable, disponer de tutela judicial efectiva y asistencia jurídica profesional barata o gratuita para las personas afectadas. El alojamiento alternativo no debería agravar la segregación de los afectados»<sup>333</sup>.

#### *4.2. Mecanismo de informes de los Estados: las conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales y las recomendaciones del Comité de Ministros.*

Desde su creación en 1961 la Carta Social Europea prevé un mecanismo de supervisión del cumplimiento de la Carta por los Estados consistente en la remisión por éstos de un informe anual a un Comité de Expertos del Consejo de Europa (el Comité Europeo de Derechos Sociales) que elabora sobre esta base unas «conclusiones». La forma actual de este mecanismo es la que regula el Protocolo de Turín de 1991. Las conclusiones del Comité que constaten una vulneración de la Carta son remitidas al Comité Gubernamental (formado por representantes de los Estados miembros) que analiza la respuesta que hubiera ofrecido el Estado implicado a las vulneraciones identificadas por el Comité Europeo de Derechos Sociales. Si el Comité Gubernamental considera suficiente la respuesta del Estado, remite la cuestión al Consejo de Ministros del Consejo de Europa para que, por mayoría de 2/3 de sus votos, apruebe «recomendaciones» a los Estados parte.

Entre 1982 y 2012 España ha remitido 24 informes<sup>334</sup> habiendo respondido el Comité de Expertos mediante 19 escritos de conclusiones. En el último de los escritos de conclusiones (núm. 19, de 19 de enero de 2012) se contienen algunas relativas a la vivienda al analizar el cumplimiento por España del art. 16 de la Carta de 1961: derecho a la protección social económica y jurídica de la familia durante

---

<sup>333</sup> CM/Rec(2005)4), § 29.

<sup>334</sup> Las conclusiones pueden consultarse en el sitio web de la Carta Social Europea del Consejo de Europa ([www.coe.int/socialcharter](http://www.coe.int/socialcharter)) bajo el enlace «Reporting procedure/National reports». El último escrito de conclusiones del Comité es el núm 19, de 19 de enero de 2012 (Doc. id: 2011/def/ESP). Mediante este escrito el Comité formuló sus conclusiones al informe núm. 23 presentado por el Estado español en noviembre de 2010, correspondientes al periodo 2005-2009. Informe y conclusiones son relativos al cumplimiento de los arts. 7, 8, 16, 17 y 19, referidos a grupos de personas vulnerables o merecedoras de especial protección (jóvenes, mujeres, familias, madres e hijos y trabajadores emigrantes) así como a la protección debida a la familia. El último informe presentado por España, informe núm. 24, corresponde al periodo 2007-2010 y se refiere al cumplimiento de los arts. 1, 9, 10, 15, 18 de la Carta; aun no ha sido objeto de escrito de conclusiones.

el periodo 2005-2009. El Comité considera que el Estado español no cumple el artículo 16 de la Carta dado que la protección ofrecida a la familia durante dicho periodo en materia de vivienda es insuficiente. El Comité recuerda que, según su interpretación, el derecho a la vivienda comprende el derecho a la seguridad en la tenencia:

«el derecho a la protección social, económica y jurídica de la familia que proporciona el art. 16 garantiza el derecho a la vivienda adecuada para las familias, lo que comprende la seguridad en la tenencia apoyada por la ley (*Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) c. Croacia*, queja núm. 52/2008, decisión sobre el fondo de 22 de Junio de 2010, § 53)».

La seguridad en la tenencia comprende la protección contra los desalojos ilegales —*unlawful eviction*—; protección que se concretan en un conjunto de garantías procedimentales:

«las obligaciones derivadas del art. 16 exigen asegurar la protección contra desalojos ilegales (*European Roma Rights Centre (ERRC) c. Grecia*, queja núm. 15/2003, decisión sobre el fondo de 8 de diciembre de 2004, § 24). [...] los estados deben establecer procedimientos para limitar los riesgos de desalojo (Conclusiones 2005 Lituania, Noruega, Eslovenia y Suecia); el Comité recuerda que en orden a cumplir con la Carta, la protección legal de las personas amenazadas de desalojo debe incluir: la obligación de consultar a las partes afectadas para encontrar soluciones alternativas al desalojo; la obligación de establecer un preaviso de duración razonable; el acceso a tutela judicial efectiva; el acceso a la asistencia jurídica profesional; la compensación en caso de desalojos ilegales».

Considerando estas exigencias, el Comité reclama más información en posteriores informes:

«para permitir evaluar si la situación [en España] es compatible con el art. 16 de la Carta de 1961 en lo que respecta al derecho a la vivienda adecuada para las familias, el Comité solicita información en el próximo informe respecto a los extremos mencionados»

Hace, no obstante, una crítica concreta al sistema legal español en relación con los desalojos:

«el plan de vivienda para los años 2009-2012 (aprobado por Real Decreto 2066/2008) incluye un programa de ayudas para la eliminación de asentamientos irregulares que concede subvenciones a entres públicos y privados sin fines de lucro pero sin ofrecer ninguna seguridad a sus ocupantes vulnerables»; destaca también que «para cumplir con el art. 16 los Estados parte deben [...] asegurar el disfrute de seguridad en la tenencia que es necesaria para el desarrollo de la vida familiar en un ambiente estable»

En sus conclusiones relativas a los informes de otros Estados con base en el art. 31 de la nueva Carta Social Europea (firmada pero no ratificada por España), el Comité también pronunciado sobre los desalojos ilegales. En el informe conclusiones de 31 de octubre de 2007 en respuesta al informe presentado por Finlandia, el Comité señala que

«Según el art. 31§2, los Estados deben establecer procedimientos para limitar el riesgo de desalojos y asegurar que cuando estos tengan lugar, se desarrollen con respeto a la dignidad de las personas afectadas»<sup>335</sup>.

Se comprueba que al pronunciarse sobre los desalojos en sus conclusiones a los informes de los Estados el Comité, apartándose de la definición de éstos en el Sistema de Naciones Unidas, identifica el concepto de «desalojos forzosos» (*forced evictions*) con los desalojos conformes a la ley, afirmando que pueden definirse como la «privación de vivienda por razones de insolvencia u ocupación indebida»<sup>336</sup>, pero entiende que estos desalojos, aun conformes a la ley y con causa justificada, para ser conformes a la Carta (*lawful evictions*), deben reunir

---

<sup>335</sup> Doc. id.: c-2007-en1. En sentido parecido se pronuncia el Comité en su escrito de conclusiones de 31 de octubre de 2007 (doc. id.: c-2007-en2) sobre el informe presentado por Italia correspondiente al periodo comprendido entre 1 de enero de 2001 y el 31 de diciembre de 2004; en el escrito de conclusiones de 30 de septiembre de 2005 (c-2005-en1) sobre los informes presentados por Francia y por Lituania correspondientes al periodo comprendido entre 1 de enero de 2001 y 31 de diciembre de 2002; en el escrito de conclusiones de 3 de septiembre de 2005 (c-2005-en2) sobre los informes presentados por Noruega, Eslovenia y Suecia correspondientes al periodo comprendido entre 1 de enero de 2001 y 31 de diciembre de 2002; en el escrito de conclusiones de 30 de junio de 2003 (c-2003-en2) en relación con los informes presentados por Suecia y Eslovenia correspondientes al periodo 1 de enero de 1999 y 31 de diciembre de 2000 y en el escrito de conclusiones de 30 de junio de 2003 (c-2003-en1) en relación con los informes presentados por Francia e Italia correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de enero de 1999 y 31 de diciembre de 2000.

<sup>336</sup> Escrito de conclusiones al informe de Suecia, 2003, pág. 653. Recogido en varias decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales, por ejemplo, *IM ATD-FW c. Francia* (2007), § 78.

garantías de protección a los ocupantes que coinciden con las garantías que los órganos del Sistema de Naciones Unidas han venido exigiendo para impedir la ilegalidad de los desalojos (*unlawful evictions*): «la obligación de consultar a las partes afectadas para encontrar soluciones alternativas al desalojo», «la obligación de un preaviso de desalojo de duración razonable»; la prohibición de «los desalojos realizados de noche o durante el invierno» y la oferta de «cauces (y asistencia o ayuda jurídica) a quienes necesiten acudir a los tribunales en busca de una reparación». Destaca, asimismo, la importancia de la compensación por los desalojos ilegales. A partir de tales exigencias, el Comité consideró, por ejemplo, que la normativa finlandesa sobre desalojos satisfacía las exigencias expuestas (entre otras razones porque exigía que el funcionario encargado del desalojo informase sin dilación a las autoridades municipales de vivienda y de servicios sociales cuando entre los ocupantes a desalojar hubiera niños u otras personas necesitadas de cuidados inmediatos y no existiera una clara solución habitacional para ellos; debiendo las autoridades municipales proporcionar dicho alojamiento). El Comité solicitaba a las autoridades finlandesas información sobre la aplicación de dicha normativa y sobre el número de decisiones judiciales sobre desalojos forzosos, entendiendo que «el objetivo y propósito de la Carta, al ser un instrumento de protección de derechos humanos, es amparar el derecho no sólo teóricamente, sino también de hecho».

#### 4.3. Mecanismo de reclamaciones colectivas.

Desde septiembre del año 1998 (al entrar en vigor el segundo protocolo adicional a la Carta Social Europea, de 1995<sup>337</sup>, todavía no firmado por España) el Comité de Derechos Sociales del Consejo de Europa puede recibir las denominadas «reclamaciones colectivas», que son las presentadas por organizaciones de

---

<sup>337</sup> El mecanismo de reclamaciones colectivas fue creado por el Segundo Protocolo Adicional a la Carta Social Europea (art. 9), adoptado en Estrasburgo el 9 de noviembre de 1995 y en vigor desde 1998. España no lo ha firmado. Queda reconocido en el artículo D de la Carta Social Revisada (1996). Vid. CHURCHILL, R. y KHALIQ, U., «The Collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights?», *European Journal of International Law*, Vol. 15, n.º 3 (2004), págs. 417 a 456. Todas las reclamaciones y resoluciones pueden consultarse en el sitio web del Consejo de Europa ([www.coe.int/socialcharter](http://www.coe.int/socialcharter)) bajo el enlace «Case law» o el enlace «Collective Complaint Procedure».

trabajadores o empresarios y por organizaciones no gubernamentales debidamente acreditadas ante el Consejo de Europa (e, incluso, por ONGs nacionales no acreditadas si el Estado de su sede así lo admite). Ante tales reclamaciones, el Comité emite una «decisión» relativa a la conformidad con la Carta de la conducta denunciada en la reclamación. Posteriormente, el Comité de Ministros del Consejo de Europa emite una «resolución» formulando recomendaciones en caso de haberse violado algún derecho de la Carta (aunque el Consejo se limita, en la mayoría de los casos, a «tomar nota» de la decisión del Comité de expertos). La resolución del Comité de Ministros puede incluir un apéndice haciendo constar la respuesta del Estado a la decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales.

Aunque no ha sido firmado por España, resulta interesante comprobar que el Comité Europeo de Derechos Sociales (y, por extensión, el Comité de Ministros —quetoma nota de sus conclusiones—) han seguido la doctrina ya asentada por los órganos con responsabilidad en materia de vivienda dentro del Sistema de Naciones Unidas.

La primera decisión del Comité de Derechos Sociales del Consejo de Europa sobre el Derecho a la vivienda y la prohibición de los desalojos ilegales fue en respuesta a la reclamación núm 15/2003, presentada el 4 de abril de 2003 por el *European Roma Rights Centre (ERRC)* contra Grecia<sup>338</sup>, alegando vulneración del art. 16 de

---

<sup>338</sup> Las deficiencias y dificultades de alojamiento de personas nómadas o transeúntes de la étnia gitana (romaní o sinti) y su imputación a los Estados miembros del Consejo de Europa como vulneración de los derechos fundamentales, que ya han originado varios pronunciamientos del TEDH (*vid. supra*, pág. 594 y sigs.), han ocasionado igualmente numerosas reclamaciones colectivas, además de la mencionada en el texto. La ONG *European Roma Rights Centre* ha presentado otras cuatro reclamaciones por vulneración del derecho a la vivienda (arts. 16 y 31) de los romaníes o sintis (gitanos): la reclamación núm. 27/2004, contra Italia, al amparo del art. 31 del texto revisado de la CSE, resuelta en contra del estado denunciado mediante decisión del CEDS de 7 de diciembre de 2005 y resolución del Comité de Ministros de 3 de mayo de 2006 —CM/ResCHS(2006)4—; la reclamación núm. 31/2005 contra Bulgaria, al amparo del art. 16, resuelta en contra del estado denunciado mediante decisión del CEDS de 18 de octubre de 2006 y resolución del Comité de Ministros de 5 de septiembre de 2007 —CM/ResCHS(2007)2—; la reclamación n.º 51/2008, contra Francia, al amparo de los arts. 16 y 31, resuelta en contra del estado denunciado mediante decisión del CEDS de 9 de octubre de 2009 y resolución del Comité de Ministros de 30 de junio de 2010 —CM/ResCHS(2010)5—; finalmente la reclamación 61/2010, de 23 de abril, contra Portugal, al amparo de los artículos 16 y 31 y admitida a trámite por el Comité el 17 de septiembre de 2010. Por su parte, la ONG *Centre for the Legal Protection of Human Rights (INTERIGHTS)* presentó el 28 de marzo de 2008 la queja n.º 49/2008 contra Grecia, por vulneración del art. 16 de la Carta en relación con los gitanos de aquel país que fue resuelta en contra del estado denunciado mediante decisión del CEDS de 11 de diciembre de 2009 y resolución del Comité de Ministros de 6 de julio de 2011

—CM/ResCHS(2011)1—. También la ONG *Centre for Housing Rights and Evictions* (COHRE) ha denunciado la vulneración de los derechos relativos a la vivienda de los romaníes y sinti (gitanos): en 2009 presentó la reclamación n.º 58/2009 contra Italia por vulneración de los arts. 16 y 31 de la Carta, resuelta en contra del estado denunciado mediante decisión del CEDS de 10 de julio de 2010 y resolución del Comité de Ministros de 21 de octubre de 2010 —CM/ResCHS(2010)8—; el 15 de noviembre de 2010 COHRE presentó la reclamación 63/2010, contra Francia, por la cadena de desalojos desarrollada durante el verano de 2010, resuelta contra el Estado demandado mediante decisión del CEDS de 28 de junio de 2011 y resolución del Consejo de Ministros de 9 de noviembre de 2011 —CM/ResCHS(2011)8—. Finalmente, se han sumado a esta cadena de reclamaciones en defensa del derecho a la vivienda de los sintis y romaníes (gitanos) algunas reclamaciones aun no resueltas: la reclamación 64/2011 (declarada admisible el 11 de mayo de 2011), formulada contra Francia por la ONG *European Roma and Travellers Forum*, basada en la vulneración por el Estado de los artículos 16 y 31, por los continuos desalojos realizados sin proporcionarles alojamiento alternativo, así como por la discriminación por ellos sufrida, y la reclamación 67/2011 (declarada admisible el 13 de septiembre de 2011), interpuesta igualmente contra Francia por la ONG *Médecins du Monde-International* por vulneración de diversos derechos de los gitanos en Francia (entre ellos el derecho a la vivienda al amparo de los arts. 16 y 31). En relación con el derecho a la vivienda de colectivos específicos se han interpuesto también reclamaciones. La ONG *Defence for Children International* (DCI) interpuso contra Bélgica la reclamación 69/2011 el 27 de junio de 2011 (declarada admisible el 7 de diciembre de 2011), en la que alegaba la vulneración de los derechos de los niños que se encuentra en situación de residentes ilegales o solicitantes de asilo a la protección contra daños físicos y morales (art. 7 de la Carta), a la salud (art. 11), a la asistencia social y sanitaria (art. 13), a la protección social, económica y jurídica de su familia (art. 16), a una protección específica en cuanto menores (art. 17) y a la protección contra la pobreza y la exclusión social (art. 30).

El Consejo de Ministros del Consejo de Europa adoptó en 2005 una recomendación (Rec(2005)4) para la mejora de las condiciones de vivienda de gitanos y transeúntes en Europa. Ya antes, en 2004, otra recomendación (Rec(2004)14) se había ocupado de los campamentos para transeúntes en Europa.

El carácter persistente y la naturaleza estructural de la situación de vivienda de los gitanos llevaron al entonces Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa (Sr. Álvaro Gil Robles) a elaborar un informe «Sobre la situación de los derechos humanos de los romaníes, sinti y transeúntes en Europa», de 15 de febrero de 2006 (CommDH(2006)1). El comisario, en relación con la práctica de los desalojos forzosos de transeúntes, expresó en el informe su preocupación por el modo en que se llevaban a cabo, destacando como motivo de especial preocupación «que al ejecutar ordenes de desalojo, a menudo las autoridades no tengan en consideración las particulares circunstancias de las personas afectadas; así como su estado de salud.[...]»; el comisario recordó a este respecto el *caso Connors contra Reino Unido* (resuelto a favor del demandante por el TEDH en 2004) en el que «el bebé de la familia Connors sufría una grave enfermedad, incluido un problema de riñón y la madre sufría de asma y que, pese a ello, no se proporcionó otra ayuda a la familia que ofrecerles alojamiento en una parte lejana del Reino Unido sin tener en cuenta los lazos de la familia con la comunidad local. El hijo adolescente de la familia dejó de ir a la escuela tras el desalojo»; destacó, asimismo, el grado de violencia empleado, por ejemplo, por las autoridades francesas en la ejecución de desalojos administrativos de familias gitanas por razones de orden público (§ 41). Reclamó la revisión judicial de los desalojos (§ 40) y formuló su queja en relación con las multas desproporcionadas impuestas a los ocupantes ilegales pese a tener dicha ocupación como causa del incumplimiento de deberes de las autoridades en relación con la vivienda (§ 42).

En su escrito de conclusiones n.º 18 de 31 de octubre de 2006 (doc. id: c-18-1-en2), relativo al informe presentado por España correspondiente al periodo 2001-2004, el Comité de Derechos Sociales solicitaba del Gobierno mayor información sobre la satisfacción de la necesidad de vivienda en los casos de familias de bajos ingresos y de familias gitanas. En conjunto, el Comité concluye que la situación en España por lo que respecta a la protección a la familia no es acorde con el art. 16 de

la Carta Social Europea<sup>339</sup>. El Comité decidió contra el Estado denunciado el 8 de diciembre de 2004, entendiendo que el Estado griego había vulnerado el derecho a la protección a la familia. La Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 8 de junio de 2005 (Res ChS(2005) 11) toma nota de esta vulneración<sup>340</sup>. De las decisiones dictadas por el Consejo de Derechos Humanos pueden extraerse los siguientes rasgos del derecho a la vivienda:

### 1.º Relación del Derecho a la vivienda con otros derechos fundamentales.

En la decisión del caso *ERRC c. Grecia* (2004), el Comité, invocando su «jurisprudencia»<sup>341</sup>, vincula el derecho a la vivienda con el derecho a la protección a la familia y a otros derechos fundamentales afirmando que «el derecho a la

---

la Carta Social Europea.

<sup>339</sup> La denuncia alegaba que a la población romaní en Grecia se les niega el derecho efectivo a la vivienda debido a varias causas: (i) el número insuficiente de viviendas permanentes de una calidad aceptable para satisfacer las necesidades de los gitanos sedentarios, (ii) el número insuficiente de lugares de parada para los gitanos que optan por seguir un estilo de vida itinerante o que se ven obligados a hacerlo, y (iii) el desalojo sistemático de los gitanos de sitios o viviendas que se consideraban ilegalmente ocupadas.

<sup>340</sup> Además de las reclamaciones en amparo de los derechos a la vivienda de sintis y romaníes (gitanos), otras reclamaciones han invocado la vulneración del derecho a la vivienda (al amparo de los artículos 16 y 31 de la CSE). La ONG *International Movement ATD Fourth World —IM ATD-FW—* presentó la reclamación n.º 33/2006 contra Francia, resuelta mediante decisión del CEDS de 5 de diciembre de 2007 y Resolución del Comité de Ministros de 2 de julio de 2008 —Res ChS (2008)7—; la ONG *Federación Europea de Entidades Estatales que Trabajan con las Personas sin Techo (European Federation of National Organisations Working with the Homeless —FEANTSA—)* presentó la reclamación n.º 39/2006 —en parte referida al derecho a la vivienda de los gitanos en Francia—, también contra Francia, resuelta por decisión del Comité de 5 de diciembre de 2007 y por resolución del Comité de Ministros de 2 de julio de 2008 —Res ChS (2008) 8— y la reclamación n.º 53/2008, de 28 de agosto, contra Eslovenia, resuelta mediante decisión de 8 de septiembre de 2009 y resolución del Consejo de Ministros de 15 de junio de 2011 —CM/ResCHS(2011)7—; la ONG *Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE)* presentó contra Croacia la reclamación n.º 52/2008, resuelta contra este Estado mediante decisión del Comité de 22 de junio de 2010 y resolución del Consejo de Ministros de 5 de mayo de 2011 —CM/ResChS(2011)6—; la ONG *International Federation of Human Rights (FIDH)* presentó el 30 de septiembre de 2010 la reclamación 62/2010 contra Bélgica, declarada admisible el 1 de diciembre de 2010, alegando vulneración del derecho a la vivienda de los transeúntes en relación con la insuficiencia de lugares de parada, la falta de consideración de las caravanas como domicilio, la ausencia de las condiciones exigibles en los lanzamientos, la falta de una política global y coordinada para combatir la pobreza y la exclusión social de los transeúntes, entre otros asuntos.

Algunas reclamaciones se centran en el derecho a la vivienda de grupos determinados de personas. La reclamación

<sup>341</sup> Literalmente en la versión inglesa: «case law». Se refiere a las conclusiones del CEDS con ocasión de los informes remitidos anualmente por los Estados miembros.

vivienda permite el ejercicio de muchos otros derechos (tanto civiles como políticos así como económicos, sociales y culturales) y es de crucial importancia para la familia» (§ 24).

Una vez en vigor la revisión de la Carta Social Europea algún Estado (*caso ERRC c. Bulgaria* —decisión de 2006—<sup>342</sup>) puso en cuestión la posibilidad de admitir reclamaciones en materia de vivienda al amparo exclusivamente del art. 16 (protección a la familia) en lugar de hacerlo al amparo del nuevo art. 31 (que protege expresa y específicamente el derecho a la vivienda). El Comité de Derechos Sociales entendió, en cambio, que sigue siendo posible proteger la vivienda exclusivamente a través del art. 16 del Convenio, reafirmando la interdependencia entre los diversos derechos fundamentales.

«El derecho a la vivienda, según la redacción que recibe en la Carta (en su versión inglesa que clarifica los términos de la versión francesa) garantiza el derecho a la vivienda de las familias como un elemento de su derecho a la protección social, económica y jurídica. El Comité ha se ha pronunciado sobre la interpretación del derecho a la vivienda en el marco del art. 16. Resumió su posición en su decisión sobre la reclamación presentada por el *ERRC c. Grecia* (reclamación n.º 15/2003, decisión sobre el fondo de 8 de diciembre de 2004, § 24)» (§ 16).

Con independencia del amparo proporcionado por el nuevo art. 31:

«El comité entiende que, como otros muchos artículos de la Carta, los artículos 16 y 31, aunque difieren en los sujetos y objetivos, se solapan en parte en relación con determinados aspectos del derecho a la vivienda. En este sentido, las nociones de vivienda adecuada y desalojos forzosos son idénticas para los artículos 16 y 31» (§ 17).

2.º El derecho a la vivienda debe interpretarse de conformidad con la legislación internacional de derechos humanos.

En el caso *FEANTSA contra Francia* (2007) el Comité considera que el derecho a la vivienda, reconocido en el art. 31 de la Carta Social Europea, debe ser

---

<sup>342</sup> La queja, presentada el 22 de abril de 2005, se amparaba en el art. 16 de la Carta Social (1961) pues Bulgaria no había suscrito la reforma de la Carta Social. Fue resuelta en contra del Estado demandado en la decisión del CEDS de 18 de octubre de 2006, recayendo resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa el 5 de septiembre de 2007 (Res ChS (2007) 2).



interpretado de conformidad con la normativa internacional de los derechos humanos relativos a la vivienda:

«el art. 31 debe ser interpretado a la luz de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que sirvieron de inspiración a sus autores» (§ 64); «Esto se refiere, sobre todo, al Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Comité tiene un particular interés en que la interpretación del art. 31 esté en línea con la interpretación realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de las disposiciones pertinentes del Convenio» (§ 65); «Aun más, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales es una clave interpretativa. El artículo 11 reconoce el derecho a la vivienda como uno de los elementos del derecho a un adecuado nivel de vida» (§ 66); «El Comité también atribuye gran importancia a los comentarios generales 4 y 7 del Comité de Derechos Económicos sociales y Culturales de las Naciones Unidas. El Comité ha prestado gran atención y se ha beneficiado en gran medida de los trabajos del Relator Especial para la vivienda adecuada Sr. Miloon Kothari» (§ 67)<sup>343</sup>.

3.º El derecho a la vivienda no impone resultados pero sí actividades guiadas por el principio de progresividad. La falta de recursos no puede ser una justificación esgrimida con carácter general y abstracto para sustraerse a las obligaciones contraídas.

El Comité, reconoce que «la actual redacción del art. 31 no impone a los Estados obligaciones de resultados», pero destaca que «los derechos reconocidos en la carta deben ser reales y efectivos antes que puramente teóricos»<sup>344</sup>, por lo que tiene la obligación de «adoptar medidas efectivas para alcanzar los resultados perseguidos tanto cuantitativa como cualitativamente»<sup>345</sup> aunque el grado de tales medidas

---

<sup>343</sup> En idéntico sentido en la decisión de la reclamación prestada por el *International Movement ATD Fourth World contra Francia* (2007), cit., § 68-71.

<sup>344</sup> *Caso FEANTSA c. Francia* (2007), cit., § 55

<sup>345</sup> *Ibidem*, § 58. Cita el Tribunal en su apoyo otras decisiones anteriores en las que había afirmado que «con relación a las medidas para asegurar un progreso constante hacia los objetivos señalados en la Carta el Comité enfatiza que la implementación de la Carta no requiere sólo de la adopción de medidas meramente legales sino también movilizar los recursos y desarrollar las actividades necesarias para hacer plenamente efectivos los derechos reconocidos en ella (*Autisme Europe c. Francia*, reclamación núm. 13/2002, decisión del CEDS de 4 de noviembre de 2003, § 53)» (§ 57); «Cuando uno de los derechos en cuestión es excepcionalmente complejo y particularmente caro de cumplir, los Estados parte deben dar los pasos necesarios para alcanzar los objetivos de la Carta en un periodo de tiempo razonable, realizando avances mensurables y el máximo uso de los recursos

dependa en cada momento de los recursos y se requiera un tiempo determinado para alcanzar su plenitud, es decir, rige un principio de progresividad:

«Los derechos fundamentales regulados por la Carta Revisada están guiados por el principio de progresividad, establecido explícitamente en su Preámbulo y más en concreto como objetivo de facilitar el “progreso social y económico” de los Estados Parte y asegurar a sus poblaciones “los derechos sociales especificados en ella para mejorar su nivel de vida y su bienestar social» (caso *COHRE c. Italia* (2010) § 27).

El Comité identifica concretas obligaciones para los Estados derivadas de este derecho a la vivienda que se pueden realizar cualesquiera que sean los recursos disponibles en cada momento (aunque en función de tales recursos):

«a) adoptar las medidas legales, financieras y ejecutivas adecuadas para asegurar un progreso constante hacia los objetivos señalados en la Carta. b) mantener estadísticas significativas sobre necesidades, recursos y resultados c) realizar evaluaciones periódicas de los resultados alcanzado por las estrategias seguidas d) establecer un calendario y no dilatar indefinidamente la fecha de logro de los objetivos y e) tener en cuenta el efecto de las políticas adoptadas en las personas, especialmente los más vulnerables» (§ 56)<sup>346</sup>.

4.º Entre las medidas que el Comité exige a los Estados para que el desalojo por ellos conducido sea conforme a la Carta se encuentra la existencia de alternativas de alojamiento viables para los sujetos desalojados.

---

disponibles (*Autisme Europe c. Francia*, reclamación núm. 13/2002, decisión del CEDS de 4 de noviembre de 2003, § 53)» (§ 58); «La exigencia de disponer de estadísticas es de particular relevancia en el caso del derecho a la vivienda [...]» (§ 59). En el mismo sentido en las decisiones de los casos *IM ATD-FW contra Francia* (2007), cit., §§ 59 a 67; *FEANTSA c Eslovenia* (2009), cit., §§ 28 a 31; y *COHRE c. Italia* (2010), cit., §§ 25 a 27.

<sup>346</sup> Añade el Comité que «con relación a las medidas para asegurar un progreso constante hacia los objetivos señalados en la Carta el Comité enfatiza que la implementación de la Carta no requiere sólo de la adopción de medidas meramente legales sino también movilizar los recursos y desarrollar las actividades necesarias para hacer plenamente efectivos los derechos reconocidos en ella (*Autisme Europe c. Francia*, reclamación núm. 13/2002, decisión del CEDS de 4 de noviembre de 2003, § 53)» (§ 57); «Cuando uno de los derechos en cuestión es excepcionalmente complejo y particularmente caro de cumplir, los Estados parte deben dar los pasos necesarios para alcanzar los objetivos de la Carta en un periodo de tiempo razonable, realizando avances mensurables y el máximo uso de los recursos disponibles (*Autisme Europe c. Francia*, reclamación núm. 13/2002, decisión del CEDS de 4 de noviembre de 2003, § 53)» (§ 58); «La exigencia de disponer de estadísticas es de particular relevancia en el caso del derecho a la vivienda [...]» (§ 59). En el mismo sentido en la decisión del caso *IM ATD-FW contra Francia* (§ 59 a 67).

«El Comité considera que con relación al art. 31 § 2 los Estados parte deben asegurarse de que [...] existen alternativas viables de alojamiento [...] (ERRC c. Italia, 2005, § 41).

«Incluso si los desalojos están justificados, las autoridades deben adoptar medidas para el realojo o ayudar económicamente a las personas afectadas» (FEANTSA c. Francia, 2007, § 88)<sup>347</sup>.

El Comité considera que la falta de medidas favorecedoras del realojo de los sujetos expulsados vulnera el art. 31 de la Carta Social Europea atendida la actuación del Estado en su conjunto:

«el sistema francés, ni en sus normas ni en la práctica, ofrece las garantías requeridas, especialmente en lo que se refiere al realojo. En efecto, la Ley Anti-exclusión de 29 de julio de 1998 no contiene garantías de que una persona sometida a un desalojo sea realojada. El Comité observa el creciente número de casos de desalojo, incluso de personas que viven en infra-viviendas, y que no son realojadas. Dado el número de sentencias de desalojo que se producen en Francia cada año y considerando el riesgo de precariedad a que conlleva el desalojo, el Comité considera que la falta de garantías que aseguren opciones estables y accesibles, antes de que el desalojo tenga lugar, conduce a una vulneración del artículo 31 § 2» (FEANTSA contra Francia (2007) § 90)<sup>348</sup>.

En su decisión en el caso *ERRC c. Bulgaria* (2006), el Comité de Derechos Sociales consideró exigibles unos mínimos de habitabilidad en los alojamientos alternativos ofrecidos y que su temporalidad no fuera excesiva <sup>349</sup>:

---

<sup>347</sup> En el mismo sentido la decisión (2007) recaída en el caso *IM ATD-FW contra Francia*, § 78.

<sup>348</sup> En el mismo sentido, caso *IM ATD-FW contra Francia* (2007), § 80; caso *ERRC c. Francia* (2009), 68.

<sup>349</sup> La asociación reclamante, ERRC, había denunciado que «la legislación de Bulgaria no proporciona las garantías necesarias que, de acuerdo con la jurisprudencia del Comité, deben acompañar a todo desalojo, [...] Los gitanos sujetos al lanzamiento con frecuencia carecen de la posibilidad de reparación judicial, no se les ofrece alojamiento alternativo, o sólo infraviviendas (Sra. Yordanova en Kazanlak) o alojamientos excesivamente caros (Shumen) y, con frecuencia, quedan sin hogar. Tampoco se les ofrece una indemnización. El ERRC ofrece varios ejemplos de este tipo de desalojos de barrios de chabolas como el de Assanova (Sofía), Meden Rudnik (Burgas), Shumen (donde los gitanos que arrendaron viviendas municipales acabaron sin hogar debido a las altas rentas), Varna, y de amenazas de desalojo (Vazrazhdane y Falkuteta, distritos de Sofía). También discute la afirmación del Gobierno de que la demolición de las viviendas ilegales es parte de la política del Gobierno para mejorar las condiciones de vida de la población de gitanos, en cuanto lo que ha hecho

«aunque en ciertos casos los gitanos desalojados obtuvieron un alojamiento alternativo [...] los alojamientos ofrecidos fueron o bien inadecuados o de naturaleza temporal (caravanas, barracas o alojamientos municipales cuya renta era demasiado alta para familias de bajos ingresos como las familias gitanas). El Comité recuerda que es responsabilidad del Estado asegurar que los desalojos, cuando se realicen, respeten la dignidad de las personas afectadas incluso cuando sean ocupantes ilegales y que se ofrezca un alojamiento alternativo u otras medidas indemnizatorias» (§ 56)<sup>350</sup>.

Por consiguiente, el Comité de Derechos Sociales del Consejo de Europa ha ido en sus decisiones más lejos de lo que los órganos del Sistema de Naciones Unidas pues no vincula la exigencia de alojamiento alternativo (en tanto que requisito para la legalidad de los desalojos) a los recursos de cada Estado. En nuestra opinión, esta conclusión no contradice la formulada anteriormente respecto a la vigencia del principio de progresividad en relación al deber de dar satisfacción al derecho a la vivienda: si bien el derecho a la vivienda no conlleva el deber inmediato de todo Estado a proporcionar vivienda a quien la necesita sino que hace este deber dependiente el alcance de este deber de los recursos de cada Estado (principio de progresividad<sup>351</sup>), sí conlleva la prohibición inmediata a cualquier Estado de realizar desalojos que dejen personas sin hogar; es decir, impone un deber de abstención de conductas de desalojo que conduzcan a tal resultado.

5.º Los desalojos pueden quedar justificados por la ley cuando la ocupación es o se vuelve ilícita (o cuando lo requiere el interés general); sin embargo, los criterios de ilegalidad deben ser restrictivos y ni siquiera los desalojos justificados por una ocupación ilícita (o por razones de interés general) eximen al Estado del respeto

---

es agravar aun más sus ya deplorables condiciones de vida» (§ 48). El Gobierno discute las alegaciones formuladas por ERRC afirmando que «los habitantes de asentamientos ilegales no pueden reclamar una indemnización por su desalojo ya que ello sería tanto como hacer surgir un derecho de un comportamiento ilegal. La expropiación de bienes privados puede ser objeto de indemnización si el propietario puede demostrar su posesión [...]» (§ 49); y añade que «con respecto a algunos de los desalojos mencionados en la reclamación, las autoridades adoptaron los pasos necesarios para proporcionar un alojamiento alternativo (Sra. Yordanova), ofrecieron arrendamientos de viviendas municipales (Shumen) o indemnizaciones por la demolición de viviendas legales (Asanova). En cuanto al distrito de Vazrazhdane el desalojo fue suspendido al ser apelada la resolución y se está buscando un alojamiento alternativo con ayuda de ONGs de gitanos y el compromiso del gobierno de proporcionar terrenos y financiación para la construcción de viviendas temporales. Si tiene éxito, esta clase de aproximación se podrá seguir en otros casos» (§ 50).

<sup>350</sup> *Caso FEANTSA contra Francia* (2007), § 108

<sup>351</sup> Este deber no tendrá el mismo alcance en Finlandia o Alemania que en Rumanía.

debido a la dignidad de las personas durante el mismo incluida la prohibición de dejar personas sin hogar.

El CEDS admite que la ocupación ilícita o ilegal es causa que justifica el desalojo, aunque considera que, «los criterios de ocupación ilegal no deben ser excesivamente amplios, los desalojos se deben desarrollar de conformidad con las reglas de procedimiento y éstas deben ser suficientemente protectoras de los derechos de las personas afectadas»<sup>352</sup>.

En el caso *caso COHRE c. Francia* (2011) afirma que el desalojo autorizado en supuestos de ocupación ilegal pero que aun en estos casos:

«[...] cuando los desalojos deben tener lugar, deben llevarse a cabo (i) en condiciones que respeten la dignidad de las personas afectadas; (ii) y de acuerdo con reglas que protejan suficientemente los derechos de las personas afectadas (FEANTSA c. Francia (2007), § 163)» (§ 42)

El margen para proceder al desalojo es más estrecho para las autoridades cuando se trata de desalojos de terrenos o viviendas de propiedad pública: en estos supuestos las autoridades nacionales deben buscar alternativas al desalojo pues la gestión de los bienes pertenece plenamente a su ámbito de decisión. En su decisión del *caso ERRC c. Bulgaria* (2006), aunque el Gobierno había afirmado la imposibilidad de proporcionar servicios y de legalizar determinados asentamientos ilegales, el Comité entiende que con ello no se justifica la situación creada (contraria al derecho a la vivienda):

«la legislación permite, *inter alia*, la legalización de construcciones ilegales [...] [pero] establece condiciones demasiado estrictas para hacer frente a las particularmente urgentes necesidades de vivienda de las familias gitanas [...] del hecho de que asentamientos de familias gitanas han existido durante muchos años y que durante este tiempo el suministro de servicios como la electricidad se ha mantenido, aunque no de modo uniforme, y se ha cobrado por él, se deriva que las autoridades reconocieron y toleraron los asentamientos [...] Aunque las autoridades

---

<sup>352</sup> *Casos ERRC c. Grecia* (2004), § 51; *ERRC c. Bulgaria* (2006), § 51, *EERC c. Francia* (2009), § 67 y 68; *INTERIGHTS c. Grecia*, (2009), §56 y 57; *COHRE c. Francia* (2010), § 41.

locales disponen de un amplio margen de apreciación en lo relativo a medidas de planeamiento urbano, deben mantener un balance entre el interés general y los derechos fundamentales de los individuos, en particular del derecho a la vivienda y su corolario de no permitir que una persona quede sin hogar» (§ 54).

Cuando un desalojo está justificado por la defensa del interés público, las autoridades deben adoptar medidas para realojar o ayudar económicamente a las personas afectadas<sup>353</sup>. En el caso *caso COHRE c. Francia* (2011) el gobierno francés sostuvo ante el Comité estar legitimado para realizar desalojos en defensa de los intereses individuales o colectivos (como puede ser el orden y la seguridad interior) (§ 39). El Gobierno afirmaba que los asentamientos no estaban autorizados, no reunían los más esenciales niveles sanitarios y suponían un riesgo para el orden público (§ 61). El Comité afirma que en un desalojo justificado por razones de interés general:

«[...] las autoridades deben dar los pasos necesarios para realojar o ayudar económicamente a las personas afectadas (Conclusiones 2003, Francia, Italia, Eslovenia, Suecia)» (§ 42)

En el *caso ERRC c. Bulgaria* (decisión de 2006), al alegar el Gobierno la ilegalidad de los asentamientos como motivo para no ofrecer alojamiento alternativo ni indemnizaciones, el Comité señala que:

«una persona o grupo de personas, que no pueden beneficiarse de los derechos que les reconocen las normas, pueden verse obligadas a adoptar comportamientos reprobables para satisfacer sus necesidades. Esta circunstancia no puede ni ser tomada en cuenta para justificar sanciones o medidas hacia esas personas ni ampararse en ella para mantener a tales personas privadas de sus derechos» (§53)<sup>354</sup>.

El razonamiento del Comité de Derechos Sociales del Consejo de Europa recuerda en este punto al realizado por el Juez BONELLO en su voto particular a las sentencias

---

<sup>353</sup> *Caso IM ATD-FW c. Francia* (2007), § 78.

<sup>354</sup> Idea reiterada en *INTERIGHTS c. Grecia* (2009) añadiendo que «en tales casos, el Gobierno tiene la responsabilidad de proporcionar la asistencia adecuada y adoptar medidas apropiadas» (§ 60).

del TEDH en los casos *Chapman c. Reino Unido* y *Beard c. Reino Unido* recordando la doctrina de las manos limpias: la ilegalidad en que incurren los ocupantes en curso de desalojo (la falta de pago de la renta u ocupación ilegal de la vivienda ajena, por ejemplo) no exime al Estado de la obligación de preservar la vida privada y familiar de los ocupantes (procurándoles alojamiento alternativo) cuando ha sido el propio Estado el que con su incumplimiento previo (al no proporcionarles acceso a una vivienda asequible a sus medios) ha motivado el incumplimiento de aquéllos<sup>355</sup>.

En el caso *COHRE c. Francia* (2010) el gobierno francés sostuvo ante el Comité considerarse legitimado para realizar desalojos en caso de ocupación ilegal de un lugar, sobre todo si existe supervisión judicial (§ 39)<sup>356</sup>. El Comité, en cambio, considera, como en los casos anteriores, que:

«[...] personas o grupos de personas que no pueden disfrutar de hecho de los derechos que les reconoce la legislación pueden verse forzados a adoptar comportamientos reprobables para satisfacer sus necesidades. Sin embargo, esta circunstancia no puede ser tenida en cuenta para justificar sanción o medida alguna contra dichas personas ni ser considerada para continuar privándoles del disfrute de sus derechos (*European Roma Rights Centre (ERRC) c. Bulgaria*, reclamación núm. 31/2005, decisión sobre el fondo de 18 octubre de 2006, § 53)» (§ 43)

*6.º La protección contra desalojos forzosos se extiende a los inmigrantes que se hallen legalmente en territorio de un estado miembro.*

En el caso *COHRE c. Francia* (2011) el Tribunal aborda también la cuestión de la nacionalidad de los ocupantes desalojados y su situación de legalidad o ilegalidad

---

<sup>355</sup> En una situación análoga el TEDH da derecho al demandante de amparo. En el caso *Wallová y Walla c. la República Checa*, STEDH de 26 de octubre de 2006, las autoridades asumieron la custodia de los hijos de los denunciantes y los ingresaron en una institución alegando que los padres no tenían una vivienda digna, pero el TEDH consideró que las autoridades no podían acudir a tal medida sin haber ayudado a los padres a solucionar su problema de vivienda.

<sup>356</sup> La ONG demandante afirmaba que «el hecho de que muchos gitanos, incluidos aquellos que viven en campamentos considerados ilegales, habiten en viviendas de baja calidad prueba la incapacidad o falta de voluntad de Francia para cumplir su obligación de respetar el derecho a la vivienda adecuada. Afrontar esta situación mediante desalojos forzosos sin ofrecer a los afectados un alojamiento alternativo constituye una vulneración añadida al derecho a la vivienda» (§ 36).

en el país. Según el Apéndice a la Carta Social Europea esta es aplicable en cada país a los ciudadanos de los estados signatarios de la Carta que residan legalmente en el país o trabajen habitualmente en el mismo. El Gobierno francés alegó que las provisiones de la Carta Social Europea en relación al derecho a la vivienda no eran aplicables a los desalojos de inmigrantes que estaban ilegalmente en el país. La ilegalidad de la permanencia se determinaba según la norma interna encargada de que transponer la Directiva Europea sobre libre circulación (Directiva 2004/38/EC del Parlamento Europeo y el Consejo de 29 de abril de 2004 «relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros»). La norma interna referida (el *Código nacional regulador de la entrada y residencia de extranjeros y del derecho de asilo* —CESEDA—) establecía (sobre la base del art. 7 de la Directiva) que «para tener derecho a la residencia, más allá de un periodo de 3 meses, los ciudadanos de la Unión Europea deben demostrar que tienen empleo u otra fuente de ingresos y que no constituyen una carga para el sistema de asistencia social» (art. L. 121-1); en caso de no demostrarlo las autoridades administrativas pueden de modo razonado requerirles a que abandonen el territorio francés en el plazo de un mes desde que fueran notificados y, si no lo hicieran, a proceder de modo forzoso (art. L. 511-1). Las órdenes de expulsión corresponde emitir las a la prefectura.

Para el Comité, esta condición de residentes ilegales que los dejaría fuera de la protección de la Carta debe probarse caso por caso<sup>357</sup>. Sin embargo, el gobierno francés procedió colectivamente, fijando como objetivo de los desalojos a grupo étnico determinado al margen de sus condiciones singulares de ilegalidad enervando así el argumento de la residencia ilegal (que no quedaba probada). Además, con ello incurrió en una conducta discriminatoria, inadmisibles por sí misma:

«El comité considera que hay una vinculación muy estrecha entre los desalojos [...] y la expulsión de Francia de los gitanos de origen Rumano y Búlgaro y sus familias

---

<sup>357</sup> La directiva 2004/38/EC establece que la falta de medios económicos no puede justificar en ningún caso la expulsión automática de ciudadanos de la Unión Europea (considerando 16, artículo 14) y que las restricciones a la libertad de circulación y residencia con base en políticas públicas, seguridad pública y de salud pública sólo pueden imponerse sobre la base de conductas personales y no sobre consideraciones generales preventivas o de naturaleza étnica o nacional. En este sentido se pronunció el Parlamento Europeo en su resolución de 9 de septiembre de 2010 sobre la situación de los gitanos y sobre la libertad de circulación en la Unión Europea (doc: P7\_TA(2010)0312).



[...] En la práctica, la circular de 5 de agosto de 2010 establece explícitamente un suerte de vínculo inseparable entre los desalojos forzosos y expulsiones al describir los pasos operativos que deben tomarse en términos de “prioridad a los asentamientos ilegales ocupados por gitanos” incluyendo “el desalojo de asentamientos ilegales y la inmediata expulsión de los extranjeros que se hallan ilegalmente en la país» (§ 65);

«El Comité, por lo tanto cree que se ha demostrado que el retorno de los gitanos de origen rumano y búlgaro a sus países de origen estuvo basado en disposiciones discriminatorias que tomaron como objetivo a los gitanos y sus familias [...] por las siguientes razones [...] todos los casos de los que se hicieron eco los medios de comunicación eran relativos a gitanos y el ERRC no ha identificado todavía un solo caso de retorno a Bulgaria o Rumanía que no afecte a esa comunidad [...] la naturaleza colectiva de los desalojos [...] confirmada por [...] docenas de órdenes de abandono del territorio francés , usando formularios standard de idéntico contenido (aparte de los nombres y fechas de nacimiento escritas a mano) [...]» (§ 66)

«En relación a las alegaciones del gobierno de los gitanos que fueron expulsados del territorio francés “estaban ilegalmente en el país” y que el objetivo era mantener la ley y el orden y salvaguardar la seguridad interna” el Comité considera que estas no son consistentes con el uso de formularios estandarizados de las órdenes de abandono del territorio francés con idéntico contenido, sin tener en cuenta las circunstancias individuales o cuanto tiempo habían permanecido en Francia los afectados. Al contrario, las expulsiones se basaron en consideraciones de naturaleza preventiva y en el origen étnico. El Gobierno no ha sustanciado su alegación de que los gitanos de origen rumano o búlgaro, cuya expulsión es el objeto de esta reclamación, estaban en el país ilegalmente, teniendo en cuenta las disposiciones transitorias del Tratado de acceso de Rumanía y Bulgaria a la Unión Europea y los derechos de entrada y residencia de los ciudadanos de la UE y los miembros de sus familias, regulados por la Directiva 2004/38/EC» (§ 69)

7.º El proceso por el cual el Estado determina los desalojos que deben acometerse en supuestos de ocupación ilegal están proscritos los criterios y valoraciones discriminatorias.

En el caso *COHRE c. Francia* (2011) la ONG demandante consideraba que la circular de 5 de agosto de 2010 firmada por el jefe de gabinete del Ministerio del Interior y

dirigida a los jefes de policía ordenándoles el desalojo prioritario de los asentamientos ilegales de gitanos constituía una clara discriminación contra éstos contraria al artículo E (prohibición de discriminación) en relación con los artículos 31 apartado 2 (derecho a la vivienda) y 19 apartado 8 (garantías frente a la expulsión) de la Carta Social Europea Revisada (§ 8 y 38). El Gobierno alegó que dicha circular fue sustituida por otra de 13 de septiembre de 2010 en la que se había suprimido toda referencia a los gitanos (§10), pero la ONG considera que los desalojos fue la primera circular la que condujo a los desalojos (§ 38). Para el Comité:

«[...] tales desalojos tuvieron lugar en un contexto de discriminación étnica, implicando la estigmatización de los gitanos, y de coerción, en la forma de amenaza de inmediata expulsión de Francia creada por la circular de 5 de agosto de 2010 [...]» (§ 47); «[...] está fuera de duda no sólo que el gobierno no tuvo en cuenta debidamente, en un sentido favorable, las características distintivas del grupo de población afectado, sino que la circular de 5 de agosto de 2010 tomó como objetivo directo a las personas de origen romaní [...]» (§ 48); «[...] el gobierno no niega que antes de su retirada, la circular de agosto de 2010 se aplicó en los desalojos que se realizaron en el verano de 2010, cuyas consecuencias continúan afectando a los derechos de los gitanos que las sufrieron» (§ 50); «A la luz de lo anterior, el Comité considera que la aplicación de la circular de 5 de agosto de 2010 ha conducido a un tratamiento clara y directamente discriminatorio basado en el origen étnico de las personas afectadas» (§ 51)<sup>358</sup>

8.º Existen exigencias procedimentales derivadas del principio de proporcionalidad para los desalojos justificados que aseguren el respeto a la dignidad de las personas afectadas.

Como regla general, las condiciones en que se produce el desalojo y sus consecuencias deben respetar la dignidad de las personas desalojadas y aquellos de sus derechos cuyo sacrificio no es consustancial al desalojo; se condiciona de este

---

<sup>358</sup> El propio Consejo de Estado Francés en su Resolución núm. 343387, de 7 de abril de 2011 (Judgment of the Conseil d'Etat of 7 April 2011) en respuesta a la Asociación SOS Racisme–Touche pas à mon pote (de la que se hace eco el Comité §§ 15 y 47 ), afirma que aun cuando el ministro mantuvo que el propósito de la circular de 5 de agosto de 2010 era asegurar el respeto al derecho de propiedad y prevenir riesgos a la higiene, seguridad y orden público «esta circunstancia no le autoriza, en contravención con el principio de igualdad ante la ley, a dar cumplimiento a una política de evacuación de asentamientos ilegales específicamente identificados por el origen étnico de sus ocupantes»; en consecuencia consideró la circular nula e inválida.

modo la conducta de las autoridades: tanto la previa y coetánea como la posterior al desalojo.

#### A. Garantías anteriores al desalojo

a) Necesidad de consulta con las personas afectadas y búsqueda de soluciones alternativas para respetar la dignidad de los desalojados y evitar que queden sin hogar como consecuencia de la actuación pública.

En el *caso FEANTSA contra Francia* (2007) el Comité señaló la necesidad de consulta con las personas afectadas para identificar las posibles alternativas al desalojo:

«La protección legal a las personas amenazadas de desalojo debe incluir, en particular, la obligación de consultar a todas las partes afectadas para buscar soluciones alternativas al mismo» (§ 88)<sup>359</sup>.

«Cuando se encuentran ante asentamientos de familias gitanas o itinerantes cuyo *status* legal sea indeterminado, las autoridades deberían hacer un esfuerzo para buscar soluciones aceptables para todas las partes de modo que se eviten situaciones en las que las familias gitanas o itinerantes se hallen en peligro de verse excluidas de los servicios y ventajas a las que tienen derecho como ciudadanos cualquiera que sea el Estado en que residen» (*ibidem*, § 163)<sup>360</sup>.

En la reclamación presentada por la *IM ATD-FW contra Francia*, la Organización autora de la queja planteaba el incumplimiento del art. 31 de la Carta precisamente por la falta de negociación y búsqueda de alternativas:

«considera [la ONG demandante] que el procedimiento para evitar los desalojos tiene limitaciones y no cumple con el art. 31 § 2 de la Carta. En el caso de desalojos de personas sin derecho a la ocupación no hay ninguna autoridad que se responsabilice de intentar negociar y obtener alojamiento para las familias antes del lanzamiento. Aunque tales desalojos tengan lugar a menudo a través de los tribunales inevitablemente conducen a los sujetos afectados a deambular de un lugar a otro. No se otorga prioridad alguna a la búsqueda un alojamiento más

<sup>359</sup> *Feantsa c. Francia*, (§ 88). En el mismo sentido, *IM ATD-FW contra Francia*, § 78.

<sup>360</sup> En el mismo sentido, *IM ATD-FW contra Francia* (2007), cit., § 150.

económico una vez que el lanzamiento ya se ha producido. Se necesitan esfuerzos a escala local para mejorar la coordinación entre las políticas de prevención de desalojos y las políticas de acceso a la vivienda para personas en situación desfavorecida» (§ 72); «Aun más, el número de conflictos relativos al pago de la renta del arrendamiento se ha incrementado —así como el número de órdenes de desalojo, algunas de intervención policial— se ha aumentado notablemente desde 1990, a pesar de la Ley n.º 98-657 de 1998, Ley anti-exclusión, que establece directrices para evitar los desalojos. La Ley, desafortunadamente, ha fracasado en la mayor parte de los casos en su objetivo de evitar los desalojos» (§ 73).

b) Exigencia de un preaviso suficiente.

En el caso *FEANTSA contra Francia* la decisión del Comité (2007) señala:

«La protección legal a las personas amenazadas de desalojo debe incluir, [...] la obligación de dar un preaviso razonable antes de hacerlo efectivo» (§ 88)<sup>361</sup>

El Comité reconoce el cumplimiento por parte del Estado en algunos de los aspectos señalados; en concreto, considera suficiente el plazo de preaviso establecido (dos meses):

«El Comité entiende que ciertos elementos del sistema francés de desalojos, como, por ejemplo, el plazo de dos meses de preaviso anteriores al desalojo o la suspensión de los desalojos en invierno cumplen con los principios expresados» (§ 89)<sup>362</sup>.

c) La carga de la prueba sobre el preaviso, las consultas previas o el ofrecimiento de alojamiento alternativo recae sobre el gobierno denunciado. Práctica de pruebas de oficio.

En el caso *INTERIGHTS c. Grecia* (2009) el Comité estimó la demanda pese a la falta de pruebas aportadas por la organización demandante<sup>363</sup> dado que «el gobierno

---

<sup>361</sup> *Ibidem*, § 78.

<sup>362</sup> *Ibidem*, § 79

<sup>363</sup> La organización demandante documentaba «casos de desalojos forzados y demolición de asentamientos. Por ejemplo [...] en el área de Patras: en Riganokampos, Ati Dimeon y Makrigianni entre 2004 y 2007. [...] Alegaban 3 distintos desalojos entre agosto de 2004 y junio de 2005: en agosto de 2004 en Riganokampos y en octubre de 2004 y junio de 2005 en Makrigianni. En ninguno de tales casos hubo notificación ni consulta previa y no se hizo intento alguno de proporcionar alojamiento alternativo» (§ 44) «En julio y agosto de 2006 tuvieron lugar más desalojos en Riganokampos y Makrigianni. En octubre de 2006, 60 de un total de 80 familias, lo que suponía más de 400 personas, fueron desalojadas de la comunidad de Makrigianni. A ninguna de ellas se les ofreció alojamiento alternativo. El 15 de septiembre de 2007 las autoridades llevaron a cabo el desalojo de las restantes

no ha logrado proporcionar información que demuestre que en Grecia las leyes para proceder a los desalojos prevean la consulta previa con los afectados, un preaviso razonable e información adecuada sobre el desalojo previsto. Tampoco se ha proporcionado información sobre si la ley exige proporcionar alojamiento alternativo» (§ 62) y que, asimismo, ha sido incapaz de «ofrecer una respuesta adecuada a las alegaciones realizadas de que en la práctica las familias gitanas no fueron consultadas debidamente antes de hacer efectivos los desalojos y que tampoco se hicieron serios esfuerzos para encontrar emplazamientos alternativos o alojamiento alternativo» (§ 63)<sup>364</sup>.

d) Existencia de vías legales realmente accesibles para defenderse jurídicamente frente al desalojo o exigir su desarrollo conforme a la ley. Derecho a la asistencia jurídica.

En el caso *INTERIGHTS c. Grecia* (2009), aunque el Comité reconoce que existen diversos mecanismos legales para suspender el desalojo o recurrir frente al mismo considera que «muchas familias gitanas no son conscientes de sus derechos para oponerse al desalojo o no saben como ejercerlos y, en particular, no se valen de su derecho de asistencia jurídica gratuita» (§ 67) y por ello que «los mecanismos legales disponibles no se pueden considerar accesibles. Las especiales circunstancias de las familias gitanas amenazadas de desalojo exigen modalidades especiales de consejo sobre los beneficios de justicia gratuita y sobre las posibilidades de impugnación» (§ 69)

---

25 familias del asentamiento de Makrigianni y luego los *bulldozer* destruyeron el asentamiento. En ningún momento se les dirigió notificación de desalojo ni nunca se les ofreció opción alguna para su alojamiento alternativo» (§ 45). En sentido muy parecido se alega en relación con desalojos en la zona de Atenas (§§ 46 y 47). El Gobierno alega que las informaciones ofrecidas se basan en noticias de prensa y en informes de ONGs sin aportar verdaderas pruebas de ello. Acusan a los demandantes de citar incorrectamente y de malinterpretar los datos oficiales (§ 51), Afirman que «habitualmente se ofrecen opciones alojamiento alternativo aunque sólo se proporciona ayuda económica. El Ministerio del Interior está dispuesto a financiar alojamientos alternativos» (§ 54). El Comité admite que «cierta parte de la información remitida por la organización demandante no está claramente estructurada, es incompleta y no justifica adecuadamente algunas de las alegaciones que formula en relación con los desalojos forzosos. Adicionalmente, parte del material en que se apoya la organización demandante procede de la decisión del Comité en el caso de la reclamación n.º 15/2003 de *ERRC c. Grecia*, decisión de 8 de diciembre 2004» (§ 61).

<sup>364</sup> En el mismo sentido, *COHRE c. Italia* (2010), § 67.

## B. Garantías a desplegar durante el desalojo.

a) Respeto a la integridad y a la dignidad de las personas; limitación en el uso de la fuerza<sup>365</sup>.

En el *caso ERRC c. Grecia*, la decisión del Comité (2004) reconoce que «la ocupación ilegal de un asentamiento o vivienda puede justificar el desalojo de los ocupantes ilegales», pero que, aun así:

«el desalojo debe llevarse a cabo de conformidad con las normas de procedimiento aplicables y éstas deben proteger adecuadamente los derechos de las personas afectadas. El Comité considera que en sobre estas bases la situación no es satisfactoria» (§ 51)<sup>366</sup>.

En el *caso ERRC c. Italia* (2005) se destaca la dignidad de la persona como eje central de valoración de la actividad de desalojo<sup>367</sup>:

«El Comité considera que con relación al art. 31 § 2 los Estados parte deben asegurarse de que los desalojos [...] se llevan a cabo en condiciones que respeten

---

<sup>365</sup> A este respecto, en el Memorándum elaborado por el Comisario Europeo para los Derechos Humanos (Thomas Hammarberg) tras su visita a Francia entre el 21 y el 23 de mayo de 2008 se afirmaba que «Los desalojos son un asunto particularmente problemático pues crea un clima de miedo en las familias. Hablando en términos generales, las relaciones entre estos grupos y la policía no son siempre satisfactorias. Además, la Ley de Seguridad Interna de marzo de 2003 permite que la policía intervenga en el plazo de 48 horas, sin necesidad de autorización de los tribunales administrativos o de una autorización expresa del propietario del terreno, si tal intervención está justificada por la “interferencia [de la ocupación] con la ley, el orden, la higiene, la paz o la seguridad públicas”. Tales expulsiones implican con frecuencia el empleo de métodos violentos, de gases lacrimógenos y la destrucción de propiedades personales. Tras algunos desalojos, la Comisión Nacional para la Ética Policial (CNDS) ha hallado injustificada y desproporcionada la violencia ejercida. Los desalojos raramente son precedidos por negociaciones y los gitanos no reciben preaviso alguno. El Comisario debe expresar su reprobación por tales prácticas» (§ 25). Este apartado del Memorándum es reproducido en la decisión del Comité de Derechos Sociales del Consejo de Europa en el caso *ERRC c. Francia* (2009) § 69.

<sup>366</sup> Concluye el Comité que «los desalojos forzosos y otras sanciones impuestas a los gitanos constituyen una violación del art. 16 de la Carta Social Europea» (vid. conclusiones a la decisión del Comité). El ERRC había afirmado que «las autoridades locales desalojan a los gitanos de los asentamientos que han ocupado durante un tiempo sin proporcionarles alojamiento alternativo o reasentarlos [...] la ley proporciona insuficientes garantías procedimentales, y, muchos de los desalojos alegados son contrarios a la ley nacional. El ERRC aporta ejemplos de casos en que los gitanos, tanto sedentarios como itinerantes fueron procesados por habitar en lugares que no reunían las condiciones de habitabilidad exigidas por la normativa sanitaria» (§ 48).

<sup>367</sup> En el mismo sentido, *ERRC c. Bulgaria* (2006, § 51); *FEANTSA contra Francia* (2007), §§ 87 y 163; *International Movement ATD Fourth World contra Francia* (2007), §§ 77 y 150.

la dignidad de las personas afectadas» (§ 41)<sup>368</sup>.

En el *caso COHRE c. Francia* (2011) la ONG demandante consideraba que los desalojos de campamentos gitanos que tuvieron lugar en Francia en el verano de 2010 se produjeron en un ambiente de coerción y violencia que vulneró el derecho a la vivienda reconocido en el art. 31 de la versión revisada de la CSE (§ 7 y 37)<sup>369</sup>. El Comité considera que:

«tales desalojos tuvieron lugar en un contexto de discriminación étnica, implicando la estigmatización de los gitanos, y de coerción, en la forma de amenaza de inmediata expulsión de Francia creada por la circular de 5 de agosto de 2010» (§ 47) «El Comité, por consiguiente, considera que los términos en que los desalojos forzosos de los campamentos gitanos tuvieron lugar en el verano de 2010 fueron incompatibles con la dignidad humana y constituyen una violación del artículo E en conjunción con el artículo 31 § 2» (§ 55)<sup>370</sup>.

---

<sup>368</sup> En este caso el Comité acoge las afirmaciones de la asociación reclamante: «Según ERRC las autoridades italianas con frecuencia desalojan a los gitanos de los lugares que han ocupado durante algún tiempo sin proporcionarles alojamiento alternativo o reasentamiento. Proporcionaron [ERRC] varios ejemplos de casos donde los gitanos, tanto sedentarios como itinerantes fueron procesados por ocupar asentamientos no autorizados y tras su desalojo han sido enviados a otros asentamientos superpoblados o abandonados sin otra solución alternativa (el lanzamiento en 2004 de un edificio en la Vía Adda n.º 14, en Milán, por ejemplo). Se alega que los desalojos de campamentos no autorizados se acometen con frecuencia sin garantías procedimentales como preavisos formales y son acompañadas de la destrucción de pertenencias personales (Campamento Barzaghi, Campamento Casilino 700). También se alega que cuando tales desalojos tienen lugar los gitanos son llevados a las comisarías de policía para su identificación y si están en el país ilegalmente se les detiene y, en su caso, se les expulsa. El EERC afirma que estas operaciones son llevadas a cabo por la noche o al anochecer por agentes de policía con vestimenta antidisturbios y que con frecuencia actúan con violencia (Campamento Barzaghi, Campamento Casilino 700, Tor de Cenci)» (§ 39). Además «el ERRC argumenta que la política de las autoridades italianas de dismantelar asentamientos inadecuados y superpoblados no va acompañada de medidas que ofrezcan realojo a los gitanos desplazados. El desalojo conduce con frecuencia al establecimiento de campamentos precarios y con frecuencia a la segregación de las viviendas en campamentos u otros lugares similares. El acceso está regulado por un sistema de puntos cuyos criterios, tales como la naturaleza y duración del permiso de residencia, son difíciles de cumplir por los gitanos. Tampoco es mucho más fácil conseguir una casa para aquellos que tienen status de refugiados» (§ 43).

<sup>369</sup> En la reclamación presentada por COHRE (reclamación núm. 63/2010, de 16 de noviembre de 2010) la ONG demandante afirma que «Los desalojos han sido realizados con un alto grado de coerción y abuso. Por ejemplo, algunos desalojos tuvieron lugar al amanecer y algunas familias fueron separadas a la fuerza. Además, no se procuró ningún alojamiento alternativo.

<sup>370</sup> La decisión 2011-625 DC del Consejo Constitucional francés, de 10 de marzo de 2011 (de la que se hace eco el Comité en § 46), declaró inconstitucional la norma que amparaba una forma tan expeditiva de desalojo y expulsión (los párrafos 1 y 2 de la sección 90 de la Ley de Política y Programación de la Seguridad Interna) al considerar: «que sus normas autorizan al representante del

Según el Comité de Derechos Sociales, la carga de la prueba sobre el respeto a la dignidad de las personas durante el proceso de desalojo recae sobre el Estado demandado; en el Caso del *ERRC c. Grecia* (2004), pese a las alegaciones del Gobierno (§ 49), el Comité de Derechos Sociales del Consejo de Europa afirma que

«el Gobierno no aporta realmente información sobre desalojos (ni estadísticas, ni los mecanismos de impugnación o resarcimiento a disposición de los sujetos desalojados, ni ejemplos de jurisprudencia nacional pertinente). tampoco comenta o contradice la información proporcionada por el ERRC sobre desalojos colectivos de gitanos, sedentarios o itinerantes, sin proporcionarles alojamiento alternativo y, en ocasiones, con destrucción de sus pertenencias» (§ 50)<sup>371</sup>.

Del mismo modo, en el *caso ERRC c. Italia* (2005), pese a ser desmentida por el Estado italiano<sup>372</sup>, el Comité concluye que:

---

Estado a ordenar el desalojo forzoso de inmuebles una vez transcurrido el plazo de 48 horas otorgado por el representante mediante preaviso, siempre que no se hubiera suspendido el desalojo por la interposición de la apelación a que alude el párrafo segundo» y, con ello, «autorizan el desalojo inmediato, en cualquier momento del año y sin tener en cuenta la situación personal o familiar, de personas desaventajadas que carecen de un alojamiento digno» sin que el hecho de que «autoricen a tales personas a interponer una apelación, con efecto suspensivo» suponga «garantías suficientes para evitar el manifiesto desequilibrio entre la necesidad de proteger el orden público y los derechos y libertades constitucionalmente garantizadas» (decisión 2011-625 CD, § 55).

<sup>371</sup> Del mismo modo, en el caso *ERRC c. Francia* (2009) el Comité de Derechos Sociales considera vulnerado el derecho a la vivienda amparado por el art. 32.2 de la Carta Social en cuanto los desalojos no respetaron la dignidad de las personas afectadas considerando que «el Gobierno no ha refutado los argumentos de los demandantes» § 70. En su respuesta a la decisión del Comité el Gobierno Francés afirma: «hay que lamentar que el Comité Europeo de Derechos Sociales infiera del hecho de que el gobierno no haya refutado explícitamente las genéricas alegaciones realizadas por ERRC relativas a los desalojos realizados por la policía, que tales desalojos (y no sólo algunos, sino todos ellos) habrían sido realizados sin respetar la dignidad de las personas afectadas. En la práctica, el Gobierno actúa de modo que los derechos de los individuos afectados sean respetados en cuanto tales desalojos tienen lugar» (puede verse en la Resolución del Comité de Ministros que acoge la decisión del Comité de Derechos Sociales (CM/ResChS(2010)5); en sentido parecido *COHRE c. Italia* (2010) § 67.

<sup>372</sup> El Gobierno italiano «rebate las afirmaciones y sostiene que las autoridades intentan asegurar la transferencia de personas presentes legalmente en territorio italiano a otros asentamientos más adecuados. Afirma, asimismo, que durante los desalojos a que se refieren los demandantes, al menos en Roma y Milán (edificio de la Via Adda n.º 14, y Campamento Barzaghi) no se consignaron actos de violencia o conductas indebidas, que toda la actividad se desarrolló al amparo de las órdenes emanadas de autoridades competentes y bajo supervisión de organizaciones de inmigrantes o de gitanos. En el desalojo de la Via Adda unas 60 personas, de las 263 presentes en el edificio, que se hallaban legalmente en Italia, fueron llevadas a un centro de recepción y el resto a una estación de policía para su identificación» (§ 40). «El gobierno niega que los gitanos sean discriminados en el sistema de realojamiento en viviendas sociales pues nadie que no cumpla los criterios objetivos puede acceder a ellas. El gobierno no especifica cuales son dichos criterios» (§ 44).



«Italia no ha conseguido demostrar que los desalojos en cuestión hayan satisfecho las condiciones expresadas y tampoco ha proporcionado pruebas convincentes para refutar las afirmaciones de que los gitanos han sufrido violencia injustificada durante los desalojos. El Comité, por consiguiente, considera que la situación constituye una violación del art. 31.2 en combinación con el art. E» (§ 42)<sup>373</sup>.

En el caso *COHRE c. Francia* (2011) la ONG demandante consideraba que los desalojos de campamentos gitanos que tuvieron lugar en Francia en el verano de 2010 se produjeron en un ambiente de coerción y violencia que vulneró el derecho a la vivienda reconocido en el art. 31 de la versión revisada de la CSE (§ 7 y 37). El Comité considera que:

«En este caso, el Comité considera que el Gobierno no ha conseguido demostrar que los desalojos forzados de los gitanos de origen rumano y búlgaro realizados en el verano de 2010 fueran realizados en condiciones de respeto a su dignidad o que se les ofreciera alojamiento alternativo» (§ 47)

El Comité de Derechos Sociales asume en sus resoluciones un principio de aportación de prueba de oficio. En el citado caso *FEANTSA c. Francia* (2007) el Comité acude a informes del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa así como a informaciones anónimas:

«El comité toma nota de la reciente declaración conjunta del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, Thomas Hammarberg y el Relator Especial de las Naciones Unidas para la vivienda adecuada Miloon Kothari, de que se ha producido un creciente número de quejas relativas a la violación del derecho

---

<sup>373</sup> El comité reitera este razonamiento en su escrito de conclusiones de 31 de octubre de 2007 al informe presentado por Italia correspondiente al periodo comprendido entre 1 de enero de 2001 y 31 de diciembre de 2004 (doc. id.: c-2007-en2). En dicho escrito, con cita expresa de la resolución de 7 de diciembre de 2005, el comité insiste en el incumplimiento por Italia del art. 31 § 2 de la Carta Social Europea pues el informe presentado por Italia «no proporciona nuevas pruebas del respeto a las exigencias para que los desalojos sean conformes con la Carta por lo que respecta a los desalojos producidos [...] por ejemplo, las medidas legislativas o de otro tipo que se hayan introducido, estadísticas o ejemplos de jurisprudencia relevante». Esta idea se reitera en el caso *COHRE c. Italia* (2010) afirmando que «el Comité, por tanto, considera que los desalojos de romaníes y sintis (gitanos) continúan desarrollándose en Italia sin respetar la dignidad de las personas afectadas y sin poner a su disposición alojamientos alternativos. Más aun, la respuesta del gobierno no ha aportado pruebas convincentes que refuten las alegaciones de los gitanos hayan sufrido violencia injustificada durante tales desalojos [...]» (§ 73)

a la vivienda de los gitanos en varios países europeos, incluida Francia. La mayoría de las quejas se refieren al desalojo de comunidades y familias gitanas llevadas a cabo en violación de las exigencias de los derechos humanos, en particular del derecho a una vivienda adecuada y a la vida privada, las garantías procesales y el acceso a la tutela judicial» (§ 165)<sup>374</sup>;

«toma nota de otra fuente [que no señala] que ha habido desalojos de gitanos en los que la respuesta de las autoridades francesas no ha sido conforme a las exigencias de los derechos humanos, a saber, el desalojo en septiembre de 2007 de unos 600 gitanos de las chabolas en las que habían estado alojados durante más de un año en el suburbio Saint-Denis, al norte de París. Las fuentes citadas [pero no identificadas]<sup>375</sup> indican que tales familias fueron desalojadas “de modo brutal” y que al menos 400 de ellas desaparecieron en otras chabolas del norte de París, sin electricidad ni agua» (§ 166).

En el *caso ERRC c. Francia* (2009), ante lo insustanciado de las alegaciones formuladas por los reclamantes sobre la vulneración de derechos en el desarrollo de los desalojos (§ 67), el Comité acude a los resultados de la visita al país realizada por el Comisario Europeo de Derechos Humanos (§ 69)<sup>376</sup>. En el *caso INTERIGHTS c. Grecia* (2009), tras afirmar la falta de sustanciación por parte de los denunciados acude a las conclusiones de un órgano interno:

«el ombudsman griego halló en 2007 casos de desalojos forzosos en los que no se había proporcionado un alojamiento alternativo que garantizase unas condiciones dignas de vida» (§ 68).

También se han considerado válidas las pruebas consistentes en informes de ONGs o, incluso, las informaciones aparecidas en medios de comunicación no contradichas por el Gobierno:

«El Gobierno no ha conseguido proporcionar pruebas creíbles para refutar las pruebas aportadas por la organización demandante [COHRE] basadas en la investigación realizada por el *European Roma Rights Centre* (ERRC), relativas,

---

<sup>374</sup> En el mismo sentido, la decisión recaída en el caso de *International Movement ATD Fourth World contra Francia* (2007), § 150.

<sup>375</sup> No podemos dejar de llamar la atención sobre esta circunstancia irregular. Que un órgano técnico del Consejo de Europa, al adoptar una decisión a la que está facultado según un tratado internacional (el Protocolo de Turín de 1991) acuda a fuentes anónimas no parece lo más apropiado.

<sup>376</sup> Vid. nota 365.

entre otras, a las declaraciones de los afectados e informaciones aparecidas en la prensa» (caso COHRE c. Francia (2011), § 52)

Con relación al uso de la fuerza y por lo que respecta a la intervención de la policía, debe considerarse la Resolución 690 del Consejo Europa (1974) relativa a la Declaración sobre la policía, aprobada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su 31.<sup>a</sup> Sesión Ordinaria. En ella se afirma que:

«en el ejercicio de sus funciones, el funcionario de policía debe actuar con toda la determinación necesaria, sin jamás recurrir a la fuerza más que lo razonable para cumplir la misión exigida o autorizada por la ley» (§ 12); «El funcionario de policía encargado de la custodia de una persona cuyo estado de salud necesita de atención médica debe facilitar tal atención del personal médico y en caso necesario tomar las medidas para proteger la vida y la salud de esta persona» (§ 14); «el funcionario de policía debe guardar el secreto acerca de todas las cuestiones de carácter confidencial de las cuales él tenga conocimiento» (§ 15).

Del mismo modo, puede considerarse la Recomendación 10/2001 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre el Código Europeo de Ética policial. Según el Código:

«Los servicios de policía deben ejercer sus misiones de policía en la sociedad civil bajo la responsabilidad de las autoridades civiles» (§ 13); «La policía sólo puede recurrir a la fuerza en caso de absoluta necesidad y únicamente para conseguir un objetivo legítimo» (§ 37); «La policía debe llevar a cabo sus misiones de manera equitativa, inspirándose, en particular, en los principios de imparcialidad y no-discriminación» (§ 38); «La policía sólo debe atentar contra el derecho de cada uno al respeto de su vida privada en caso de absoluta necesidad y únicamente para cumplir un objetivo legítimo» (§41); «En el cumplimiento de su misión, la policía debe tener siempre presente los derechos fundamentales de cada uno, tales como la libertad de pensamiento, conciencia, religión, expresión, reunión pacífica, circulación y el derecho al respeto de sus bienes» (§43) «El personal de policía debe actuar con integridad y respeto hacia la población, teniendo en cuenta la situación de los individuos que formen parte de grupos particularmente vulnerables» (§ 44); «El personal de policía debe normalmente poder atestiguar, en intervenciones, su cualidad de miembro de la policía y su identidad profesional» (§45)

b) Evitar situaciones de vulnerabilidad en el momento del desalojo.

En el caso *ERRC c. Italia* (2005) el Comité de Derechos Sociales afirma:

«La ley debe regular los procedimientos de desalojo, especificando cuando no deben llevarse a cabo (por ejemplo, por la noche o durante el invierno)» (§ 41)<sup>377</sup>.

Y en el caso *Feantsa c. Francia* (2007):

«Las leyes deben, asimismo, prohibir los desalojos de noche o durante el invierno y proporcionar asistencia jurídica y acceso a los tribunales a quienes pretendan acudir a los tribunales y no dispongan de medios» (§ 88)<sup>378</sup>

En el caso *IMATD-FW contra Francia* (2007) el tribunal sostiene:

«ciertos elementos del sistema francés de desalojos, por ejemplo el periodo de dos meses tras el preaviso formal de lanzamiento o la suspensión de los lanzamientos durante el invierno, se acomodan a los principios rectores establecidos en la Carta»<sup>379</sup>

---

<sup>377</sup> En el mismo sentido, las decisiones recaídas en los casos *International Movement ATD Fourth World contra Francia* (2007), § 78; *FEANTSA c. Francia* (2007) § 88 y *ERRC c. Francia* (2009), § 68.

<sup>378</sup> En el mismo sentido, la decisión en el caso de *IMATD-FW contra Francia* (2007), § 78.

<sup>379</sup> *IMATD-FW contra Francia* (2007), § 79. »(§ 5). En la reclamación (67/2011, declarada admisible el 13 de septiembre de 2011), interpuesta contra Francia por *Médecins du Monde-International* la ONG afirma que «En la práctica, los desalojos de las familias gitanas en Francia se desarrollan con frecuencia acompañadas de intimidación y de amenazas por parte de la policía. La presencia cotidiana de las fuerzas de seguridad en los campamentos y la notificación de fechas de desalojo falsas forman parte de tal estrategia [...] se ha informado de numerosos casos de violencia injustificada y de destrucción de propiedades personales y de viviendas improvisadas. Las caravanas son frecuentemente confiscadas, pese a que están protegidas como hogares [...] en Bondy el 11 de junio de 2009 “la policía intervino por la mañana temprano para desalojar unas cuarenta personas que se habían establecido en una parcela tras su desalojo de Saint-Denis dos días antes. Una de las tiendas construidas para cobijo fue destruida [...]. Una vez en la calle, los afectados fueron seguidos y prevenidos de no establecerse en otro lugar [...]. Como a las familias se les impidió recuperar sus alimentos, los niños pasaron hambre todo el día. El mismo grupo fue desalojado el 15 de junio de un nuevo asentamiento que habían construido en Bondy, después de sufrir acoso policial durante todo el día y sin recibir una orden previa de abandonar el lugar”. [...] No es inusual por una familia particular ser desalojada de su asentamiento todos los meses. Estos desalojos tienen lugar sin oferta alguna de alojamiento alternativo. Por último, la “tregua” invernal según la cual los inquilinos no pueden ser desalojados entre el 1 de noviembre y el 15 de marzo no se aplica a los ocupantes sin derechos o sin título de propiedad. Como resultado, tales desalojos tienen lugar en mitad del invierno.

### C. Garantías en el momento posterior al desalojo.

a) Establecer vías legales para reclamar contra el desalojo producido y otorgar reparaciones adecuadas para indemnizar los daños indebidamente ocasionados (vid. supra: en este mismo apartado, núm. 8.º A.d).

b) Evitar que el desalojo deje personas sin hogar (vid. supra: en este mismo apartado, núm. 4.º).

## 5. Mecanismos de vigilancia y promoción del Derecho a la vivienda del Consejo de Europa.

### 5.1. Comisario de Derechos Humanos.

Siguiendo el modelo de los procedimientos especiales del Sistema de Naciones Unidas y, en particular, la figura del relator especial, el Consejo de Europa ha creado la institución del Comisario los Derechos Humanos (*Human Rights Commissioner*)<sup>380</sup> con funciones de supervisión, vigilancia y promoción de los Derechos Humanos mediante inspecciones, informes, recomendaciones y consejos.

El primer Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa fue el Sr. ÁLVARO GIL-ROBLES, quien desempeñó su cargo entre el 15 de octubre de 1999 y el 31 de marzo de 2006. Elaboró dos informes sobre España, tras sendas visitas en 2001<sup>381</sup> y 2005<sup>382</sup>.

---

<sup>380</sup> Creado por Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa 99 (50), de 7 de mayo de 1999.

<sup>381</sup> Informe de 9 de marzo de 2001 (CommDH(2001)2), centrado en la situación de los Derechos Humanos en el País Vasco en el contexto de la criminalidad terrorista y la lucha antiterrorista.

<sup>382</sup> Informe de 9 de noviembre de 2005 (CommDH(2005)8), ocupándose de diversas cuestiones: tortura y malos tratos, sistema penitenciario, administración de justicia, inmigración y asilo, tráfico de seres humanos, violencia de género, víctimas del terrorismo, derechos humanos en el País Vasco y situación de los gitanos. En este último elemento, el Comisario afirmó que «Las dificultades principales que afectan a la comunidad gitana se manifiestan en tres ámbitos fundamentalmente: vivienda, empleo e imagen social y discriminación. En cuanto al primer aspecto, y aunque se desconoce con exactitud el porcentaje de gitanos que vive en chabolas y en asentamientos, puede estimarse en torno al 10 o 12 % de este colectivo. Existe también una proporción importante que habita en viviendas en muy malas condiciones sin tener acceso a los servicios básicos (agua potable,

El segundo Comisario de Derechos Humanos fue el Sr. THOMAS HAMMARBERG, entre 1 de abril de 2006 y 1 de abril de 2012<sup>383</sup>. En 2008 presentó el informe titulado «El deber de asegurar el derecho a la vivienda para todos»<sup>384</sup>. El Comisario, Sr. HAMMARBERG, establece en su informe los denominados «estándares de europeos para la protección del derecho a la vivienda» que son unos mínimos exigibles a los Estados, derivados de la jurisprudencia del TEDH y del Comité de Derechos Sociales. Los estándares europeos comprenden: la posibilidad jurídica de acceso a la vivienda (lo que, a su vez, requiere de un régimen contractual justo, seguridad en la tenencia y un número suficiente de viviendas); la adecuación de las viviendas (condiciones de habitabilidad y calidad); la prevención de situaciones en que las personas puedan quedar sin techo (*homeless*<sup>385</sup>); la reducción del número de personas sin hogar y sin posibilidades económicas de acceso a la vivienda (relación entre ingresos y coste de la vivienda).

El Sr. HAMMARBERG formuló en 2009 un conjunto de recomendaciones relativas a la implementación del derecho a la vivienda<sup>386</sup>. En sus recomendaciones el Comisario

---

luz, etc.). Unido a ello o como consecuencia de esta situación, existe un serio problema de hacinamiento que provoca importantes tensiones sociales» (§ 177); el Comisario formula como recomendación: «Adoptar las medidas necesarias para facilitar el acceso de la comunidad gitana a la vivienda (erradicando progresivamente el chabolismo), al empleo y a la educación» (§ 184, recomendación n.º 53).

<sup>383</sup> En que fue sustituido por el Sr. Nils Muižnieks.

<sup>384</sup> CommDH/IssuePaper(2008)1. Basado en la reunión de expertos sobre «derecho a la vivienda: obligaciones positivas y derechos exigibles» (*Housing rights: positive duties and enforceable rights*), celebrada en Budapest los días 25-25 de septiembre de 2007. Elaborado con la colaboración del dr. PADRAIC KENNA.

<sup>385</sup> El término sin techo o *homeless* alude a situaciones muy variadas, desde quien vive «al raso» o sólo accede a un lugar techado (como un albergue o una chabola) durante la noche («*roofless*») hasta aquél que vive en alojamientos temporales ofrecidos por diversas instituciones (albergues para transeúntes, casas de acogida para mujeres maltratadas...). Una tipología precisa es la denominada ETHOS (*European Typology on Homelessness and Housing Exclusion*), elaborada por la ONG Feantsa y acogida tanto por el Comité Económico y Social Europeo como por el Comité de las Regiones, ambos órganos consultivo de la Unión Europea. Distingue esta tipología entre personas sin techo (*roofless*), sin hogar (*sin vivienda o houseless*), personas que viven en alojamientos inadecuados (*vivienda inadecuada o inadequate housing*) y personas que viven en precario (*vivienda insegura o insecure housing*): en este último grupo —al menos— se incluyen las personas amenazadas de desalojo, distinguiendo quienes viven en una vivienda sin título legal (con familiares o en precario) pero no en situación ilícita (ocupas), quienes han recibido orden de desalojo y quienes viven bajo amenaza de violencia por parte de la familia o pareja. Vid. [http://www.feantsa.org/files/indicators\\_wg/ETHOS/ethos\\_spain.pdf](http://www.feantsa.org/files/indicators_wg/ETHOS/ethos_spain.pdf)

<sup>386</sup> CommDH(2009)5, de 30 de junio de 2009: Recommendation of the Commissioner for Human Rights on the implementation of the right to housing.

Europeo retomó cuestiones de las que sistemáticamente se habían ocupado los relatores especiales para la vivienda adecuada de las Naciones Unidas como la interdependencia del derecho a la vivienda con otros derechos humanos, la existencia de obligaciones positivas y negativas de los estados con relación al derecho a la vivienda (no todas ellas dependientes de los recursos económicos), la exigencia de una tutela efectiva de este derecho (tanto en el ámbito administrativo como judicial), la protección frente a desalojos forzosos, la necesidad de protección a personas o grupos especialmente vulnerables (personas con discapacidad, familias, niños y jóvenes, emigrantes, personas de edad, gitanos y transeuntes, mujeres — en particular las víctimas de violencia— y desplazados) y la exigencia de no discriminación a consecuencia de los mismos.

El Sr. HAMMARBERG ha considerado la prohibición de desalojos entre las medidas necesarias para evitar que las personas queden sin hogar (*homeless*), parte integrante, como acabamos de decir, de los estándares europeos para la protección del derecho a la vivienda (2008). En sus recomendaciones (2009) afirma que los desalojos forzosos constituyen «un área en que tanto el TEDH como el Comité Europeo de Derechos Sociales han proyectado su jurisprudencia [el comisario emplea el término *case law*]» y se remite expresamente a los «Principios y directrices sobre desalojos basados en el desarrollo» elaborados a instancias del Relator especial para la vivienda adecuada (Miloon Kothari) —presentados al Consejo de Derechos Humanos como anexo en su informe correspondiente al año 2007<sup>387</sup>—.

En relación con el alojamiento temporal ofrecido por las autoridades a las personas sin techo (situación que puede ser consecuencia de los desalojos) las recomendaciones del Comisario de Derechos Humanos (2009) afirman que la exigencia de dignidad de la vivienda significa que incluso los alojamientos temporales deben cumplir las exigencias de seguridad, salubridad e higiene, incluyendo los servicios básicos, por ejemplo, agua limpia, suficiente luz y calefacción. Las exigencias básicas para la vivienda temporal incluyen también la seguridad del entorno. Sin embargo, una vivienda temporal no está sujeta a las

---

<sup>387</sup> UN. doc. A/HRC/4/18, de 5 de febrero de 2007.

mismas exigencias de privacidad, vida familiar y adecuación que se requieren para satisfacer formas más permanentes de vivienda, una vez se reúne el mínimo de requisitos expresado. Según el Comisario, la vivienda de las personas en campos de recepción y refugios temporales que no satisfagan los estándares de dignidad humana constituye una violación de las anteriores exigencias.

En 2011, el Sr. HAMMARBERG realizó una visita a España tras la que constató que el 12% de la comunidad gitana vivía en viviendas inadecuadas y un 4% en asentamientos de chabolas; constató, asimismo, «casos de desalojos colectivos de asentamientos gitanos»; recomendó que las autoridades nacionales y regionales el desarrollo de programas para erradicar los asentamientos de chabolas ofreciendo alojamiento adecuado a la población gitana<sup>388</sup>

### 5.2. *Comités y Grupos de expertos*

Se trata de órganos del Consejo de Europa, dependientes directa o indirectamente del Comité de Ministros, con funciones de análisis, información y promoción en relación con los distintos programas y estrategias aprobadas por el Consejo de Europa<sup>389</sup>.

El Comité Europeo para la Cohesión Social (*European Committee for Social Cohesion/Comité européen pour la cohésion sociale: CDCS*) es un órgano intergubernamental creado en junio de 1998<sup>390</sup> para la promoción e implementación de la «Estrategia para la cohesión social» (*Strategy for Social Cohesion*) del

---

<sup>388</sup> CommDH(2011)19, de 1 de junio de 2011 (Letter from the Council of Europe Commissioner for Human Rights to Ms Leire Pajin, Minister of Health, Social Policy and Equality of Spain —9 May 2011—)

<sup>389</sup> Se rigen en su creación y procedimiento por la resolución del Comité de Ministros: Res(2005)47 de 14 de diciembre de 2005.

<sup>390</sup> Fue resultado de la Cumbre de Estrasburgo de 1997 en la que los Estados miembros del Consejo de Europa, en sintonía con el programa adoptado por la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas para el Desarrollo Social (Copenhague 1995-ginebra 2005) asumieron la cohesión social como una de sus prioridades. Simultáneamente se creó, en el seno de la Secretaría, la Dirección General de Cohesión Social (vid. JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco, «El sistema europeo de protección de los derechos Humanos. El Consejo de Europa y la Carta Social (II)», en AA. VV. (Casadevante Romani, Carlos Fernández, coord.), *Derecho internacional de los Derechos Humanos*, Dilex, Madrid, 2007, pág. 250). Sus documentos en relación a la vivienda pueden encontrarse en [http://www.coe.int/t/dg3/socialpolicies/socialrights/housing\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dg3/socialpolicies/socialrights/housing_en.asp)



Consejo de Europa, diseñada para luchar contra la exclusión social en Europa<sup>391</sup>. En el marco del denominado «Proyecto sobre la dignidad humana y la exclusión social» (*Project on Human Dignity and Social Exclusion: HDSE*) el citado Comité creó el llamado Grupo de Especialistas sobre el acceso a la vivienda (*Group of Specialists on Access to Housing/Groupe de spécialistes sur l'accès au logement: CS-LO*) que desarrolló su trabajo entre junio de 1999 y 2001<sup>392</sup>. Este grupo de trabajo adoptó en 2001 las denominadas *Directrices sobre el acceso a la vivienda para grupos vulnerables (Policy Guidelines on Access to Housing for Vulnerable Categories of Persons)*<sup>393</sup> conteniendo recomendaciones para desarrollar el marco legal de acceso a la vivienda con relación a estas categorías de personas. Algunas de las directrices eran relativas a los desalojos, en línea con las garantías derivadas de la prohibición internacional de desalojos forzosos:

«las normas nacionales deben regular con claridad el procedimiento a seguir para los desalojos y establecer un preaviso adecuado a los ocupantes; deben informar de los desalojos programados a las autoridades locales y a las organizaciones privadas competentes permitiéndoles así ofrecer a las personas afectadas sus servicios de asesoramiento y mediación; la legislación sobre ejecución hipotecaria y la legislación sobre desalojos deben establecer con claridad las condiciones en que se ofrecerá a los ocupantes desalojados asistencia para realojamiento o reasentamiento y una protección especial para las familias con hijos y para las personas necesitadas de cuidados especiales; debe garantizarse el acceso de los sujetos que van a ser desalojados a los servicios esenciales necesarios para una existencia digna y normal (por ejemplo, electricidad, agua potable y calefacción cuando sea necesario); las autoridades competentes en materia de vivienda u otras autoridades facultadas legalmente para ello, en cooperación con los servicios sociales y otros organismos apropiados, deberían buscar, en un marco definido legalmente, alternativas adecuadas que traten con respeto a las personas afectadas por un desalojo, procurando su integración social».

---

<sup>391</sup> Doc. 2004/DG3/149.

<sup>392</sup> Elaborando tres documentos que fueron remitidos al Comité Europeo para la Cohesión Social: Iván Tosics; Sándor Erdösi Jr. y Srna Mandic, «Report on Access to Housing for Disadvantaged Categories of Persons», doc. CS-LO (2001)17, rev.; Kaltenborn Lunde, A.M. y Kandiah, Yogeswaran, «Access to Housing for Disadvantaged Categories of Persons: Selected examples of national housing policy approaches and policy measures of some council of europe member and observer states», CS-LO (2001)33, el tercer documento fueron las directrices aprobadas por el Grupo como «Policy Guidelines on Access to Housing for Vulnerable Categories of Persons», doc. CS-LO (2001)26, de 12 de octubre de 2001.

<sup>393</sup> Doc.: CS-LO (2001)26, de 12 de octubre de 2001.

El citado grupo de trabajo ha recomendado también a todos los estados miembros del Consejo de Europa la firma, ratificación e implementación de la Carta Social Revisada y, en particular, de su art. 31, así como el Protocolo que regula el Mecanismo de Reclamaciones Colectivas y a considerar la posibilidad de un futuro protocolo adicional regulador de un sistema de reclamaciones individuales.

En noviembre de 2004, se creó un nuevo grupo de especialistas (*Group of specialists on housing policy for social cohesion: CS-HO*) con la finalidad de recomendar medidas y políticas apropiadas en áreas clave de las políticas de vivienda, para permitir a los grupos vulnerables acceder y disfrutar de una vivienda adecuada. Sus áreas de trabajo incluyen la oferta de viviendas, su financiación y subsidios para el acceso a la vivienda de grupos vulnerables y el disfrute de seguridad en la tenencia. El Grupo trabaja en la elaboración de directrices relativas a la oferta de vivienda y al suministro y financiación de la vivienda<sup>394</sup> estableciendo entre ellas la necesidad de que el sistema legal establezca procedimientos adecuados para los desalojos legales y protección frente a desalojos ilegales (*unlawful evictions*).

## **6. Manifestaciones del derecho a la vivienda en la Unión Europea.**

Según el apartado primero del art. 6 del Tratado de la Unión Europea «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados»<sup>395</sup>, y según el art. 34.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE:

---

<sup>394</sup> Vid. CM(2007)55, de 10 de abril de 2007

<sup>395</sup> La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue firmada el 7 de diciembre de 2000 por los Presidentes del Parlamento, el Consejo y la Comisión en la reunión del Consejo Europeo de Niza, como compromiso político sin carácter jurídico vinculante, y adaptada el 12 de diciembre de 2007 (DO C 303/1, de 14 de diciembre de 2007; OJ C 83, 30.3.2010, págs. 389–403). El Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007 (DO C 306/1, de 17 de diciembre de 2007), la incorpora mediante nueva redacción del art. 6 del Tratado de la Unión Europea, por la que la Carta tiene el mismo valor que los Tratados. La carta entró en vigor al tiempo que el Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009 (y fue ratificada por España en virtud de autorización conferida por Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio).

«Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales».

A primera vista, el texto transcrito parece reconocer un derecho de contenido exclusivamente prestacional (derecho a una ayuda), estando ausentes los componentes de respeto y protección de los que se deriva directamente la prohibición de desalojos forzosos, tal como la han entendido los órganos de Naciones Unidas o del Consejo de Europa. No obstante, tal prohibición puede reaparecer a través de otros derechos fundamentales reconocidos igualmente en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, según la ya expuesta interdependencia de todos los derechos humanos: dignidad (art. 1: «La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida»), integridad física y psíquica (art. 3.1: «Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica»); vida privada y familiar (art. 7 «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su hogar y de sus comunicaciones»).

Abunda en el anterior sentido, la regla interpretativa contenida en el art. 52.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea según la cual:

«En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa».

También en esta línea interpretativa, el art. 53 de la Carta afirma

«Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros».

Finalmente, los apartados 2 y 3 del art. 6 del Tratado de la Unión Europea:

«La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados» (6.2) «Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales» (6.3)

Todo ello permite considerar que en el ámbito de la UE también está vigente la prohibición de desalojos forzosos a partir del deber de respeto a los derechos relativos a la vivienda.

Sin embargo, los derechos fundamentales de la Carta (incluida la prohibición de desalojos forzosos) sólo son relevantes para los Estados Miembros cuando aplican Derecho comunitario y su mera existencia no permite ampliar los poderes de la UE. Por ello, el desalojo forzoso puede ser una prohibición en cierta medida ajena al ámbito típico de la normativa comunitaria, del Derecho de la Unión Europea<sup>396</sup>. Según el art. 51 de la Carta:

«1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias. 2. La presente Carta no crea ninguna competencia ni misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados»

---

<sup>396</sup> En este sentido, PISARELLO PRADOS, afirma que «Las previsiones sobre el derecho a la vivienda no han sido igualmente ricas en el ámbito de la Unión Europea (UE), entre otras cosas porque las competencias sobre vivienda y urbanismo corresponden fundamentalmente a los estados. La UE, sin embargo, ha incidido en la materia a través de algunas competencias indirectas, como las de cohesión social y territorial, renovación urbana, mejora de la eficiencia energética de los edificios, protección de los consumidores y del medio ambiente, o lucha contra la discriminación». (Pisarello Prados, Gerardo, «El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales», *Revista Catalana de dret públic*, núm. 38, 2009, edición digital). Por otra parte, para este autor el enfoque adoptado por la UE «ha quedado supeditado al impulso de la libre circulación de servicios, capitales y mercancías. A resultas de ello, las políticas de la UE han incidido en la configuración de los mercados de viviendas, pero no han conducido a una armonización garantista de los derechos habitacionales y residenciales» (*ibidem*).

Idea que reiteran los párrafos 2 y 3 del art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea:

«Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones».

Sin embargo, existen indudables interrelaciones entre el Derecho comunitario y el conjunto de derechos fundamentales reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, lo que incluye los derechos relativos a la vivienda.

Por una parte, las normas comunitarias relativas a la libertad de circulación y residencia están llamadas a influir intensamente en el ámbito subjetivo de aplicación de la prohibición de desalojos forzosos en los países miembros aun cuando tal aplicación corresponda a los tribunales nacionales, al TEDH o al Comité Europeo de Derechos Sociales. Como ya hemos analizado, la Directiva Europea sobre libre circulación (Directiva 2004/38/EC del Parlamento Europeo y el Consejo de 29 de abril de 2004 «relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros»)<sup>397</sup> crea el marco en que los Estados Miembros determina la residencia legal que está en la base, por ejemplo, del disfrute de gran parte de los derechos de la Carta Social Europea (Apéndice a la CSE). También debe tenerse en cuenta la prohibición de desalojos masivos que contiene la Directiva (art. 7), que supone la exigencia de una consideración personalizada de cada caso (en este sentido se pronunció el Parlamento europeo con motivo de los desalojos masivos llevados a cabo en Francia en el verano de 2010 de ciudadanos gitanos de origen rumano y búlgaro<sup>398</sup>) y la posibilidad, que la propia directiva autoriza, de que los Estados miembros, al transponer la directiva ofrezcan una mayor protección de la contemplada en la directiva.

---

<sup>397</sup> Vid. supra.

<sup>398</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de septiembre de 2010, *sobre la situación de la población gitana y sobre la libre circulación en la Unión Europea* (doc: P7\_TA(2010)0312).

Por otra parte, las distintas políticas y acciones de la UE deben tener en cuenta este conjunto de derechos fundamentales relativos a la vivienda, incluida la prohibición de desalojos forzosos. Esto será particularmente relevante en ámbitos como la política social<sup>399</sup>, cohesión<sup>400</sup>, o el espacio de libertad seguridad y justicia<sup>401</sup>. Los distintos órganos de la UE se pronuncian sobre esta exigencia de adaptación de las políticas de la UE a los derechos fundamentales consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

---

<sup>399</sup> Sobre la política social, el art. 151 del Tratado de Funcionamiento de la UE (OJ C 83, 30.3.2010) afirma que «La Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones.//A tal fin, la Unión y los Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión.//Consideran que esta evolución resultará tanto del funcionamiento del mercado interior, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de los procedimientos previstos en los Tratados y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas». Uno de sus elementos de esta política es la lucha contra la exclusión social —que resulta de la condición de persona sin hogar— (art. 157.j) y que es, asimismo, un principio general de la UE (art. 9 del Tratado de Funcionamiento): «En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana»). Sobre el fondo social vid. arts. 162 a 164.

<sup>400</sup> Según el art. 174 del Tratado de Funcionamiento de la UE: «A fin de promover un desarrollo armonioso del conjunto de la Unión, ésta desarrollará y proseguirá su acción encaminada a reforzar su cohesión económica, social y territorial.// La Unión se propondrá, en particular, reducir las diferencias entre los niveles de desarrollo de las diversas regiones y el retraso de las regiones menos favorecidas.//Entre las regiones afectadas se prestará especial atención a las zonas rurales, a las zonas afectadas por una transición industrial y a las regiones que padecen desventajas naturales o demográficas graves y permanentes como, por ejemplo, las regiones más septentrionales con una escasa densidad de población y las regiones insulares, transfronterizas y de montaña» y en el art. 175 «Los Estados miembros conducirán su política económica y la coordinarán con miras a alcanzar también los objetivos enunciados en el artículo 174. Al formular y desarrollar las políticas y acciones de la Unión y al desarrollar el mercado interior, se tendrán en cuenta los objetivos enunciados en el artículo 174, participando en su consecución. La Unión apoyará asimismo dicha consecución a través de la actuación que realiza mediante los fondos con finalidad estructural (Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola, sección «Orientación»; Fondo Social Europeo; Fondo Europeo de Desarrollo Regional), el Banco Europeo de Inversiones y los otros instrumentos financieros existentes»

<sup>401</sup> Según el art. 67.1 del Tratado de Funcionamiento de la UE «La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros»

En este sentido, la Comisión Europea adoptó en 2010 la denominada *Estrategia para la implementación efectiva de la Carta de Derechos Fundamentales*<sup>402</sup> que incluye la presentación de un informe anual de la Comisión a este respecto<sup>403</sup>. Según la Comisión:

«La Carta no es un mero texto que exponga principios abstractos. Debe ponerse en práctica siempre que se aplica el Derecho de la UE o que actúan las instituciones y organismos de la UE [...]. La Carta debe respetarse en todas las etapas de la legislación de la UE, desde el momento en que la Comisión Europea comienza la preparación de sus propuestas, siguiendo con las modificaciones que surgen en el proceso legislativo, hasta el momento en que entra en vigor, una vez adoptada por el Parlamento Europeo y el Consejo, y hasta su aplicación por parte de los Estados miembros. Por su parte, la Comisión ha reforzado la evaluación del impacto sobre los derechos fundamentales de sus propuestas legislativas estableciendo una “Lista de control de derechos fundamentales” para comprobar sistemáticamente la conformidad de sus propuestas con la Carta. En su estrategia, la Comisión avanzaba su intención de presentar un informe anual de control del progreso en la aplicación de la Carta en las materias en que la Unión tiene potestad para actuar [...] El Informe Anual describe también cómo las instituciones de la UE, comenzando por la Comisión, tienen cuenta de los derechos fundamentales en el diseño, la concepción y el desarrollo de sus políticas»<sup>404</sup>

También en este sentido se ha pronunciado el Parlamento Europeo, por ejemplo, en su Resolución de 10 de mayo de 2007, *Sobre la vivienda y la política regional*<sup>405</sup>, en la que, entre otras cosas:

«Insiste en la necesidad de [...] una coordinación horizontal (entre todas las políticas comunitarias relativas a la vivienda), vertical (entre los actores que a diferentes niveles, europeo, nacional, regional y local, se ocupan de la vivienda) y mixta (entre las autoridades públicas, los actores socioeconómicos y la sociedad civil) [...] Pide a las autoridades nacionales, regionales y locales que aborden con urgencia una de las prioridades de la política de la vivienda, a saber, remediar el problema de las personas sin hogar».

---

<sup>402</sup> Doc.: COM(2010) 573 final

<sup>403</sup> Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones/Informe de 2010 sobre la Aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (doc.: COM(2011) 160 final y SEC(2011) 396 final).

<sup>404</sup> Informe anual de 2010, citado.

<sup>405</sup> Doc.: P6\_TA(2007)0183

La Resolución del Parlamento Europeo titulada *Sobre una estrategia de la Unión Europea para las personas sin hogar*, de 14 de septiembre de 2011<sup>406</sup>, el Parlamento Europeo:

«Pide que se creen vínculos estrechos entre la estrategia de la UE para las personas sin hogar y las fuentes de financiación de la UE, en particular de los Fondos Estructurales; pide a la Comisión que fomente el recurso al mecanismo de financiación del FEDER también para la vivienda destinada a los grupos marginales, con el fin de abordar el problema de las personas sin hogar en los diferentes Estados miembros de la UE»

El Comité de las Regiones (órgano consultivo de la UE que representa a los entes regionales y locales de la Unión Europea), aprobó en 2007 un dictamen titulado *Política de la vivienda y política regional*<sup>407</sup> afirmando en él que «la vivienda no es competencia específica de la Unión Europea, aunque numerosas políticas tienen un efecto directo o indirecto sobre las cuestiones relativas a la vivienda» (§ 1.2) y considerando que «el acceso a una vivienda digna es una condición clave para mantener la cohesión social y territorial dentro de la Unión Europea» (§ 1.4). En 2010, el Comité de las Regiones aprobó un dictamen titulado *Combatir el problema de las personas sin hogar*<sup>408</sup>, destacando que «la situación de las personas sin hogar, por afectar a un bien primario ligado a la persona, atenta contra los derechos fundamentales y la dignidad de la persona, así como contra el derecho a decidir sobre su propia vida» (§ 36). Este mismo comité aprobó en 2011

<sup>406</sup> Doc.: B7-0475/2011

<sup>407</sup> CDR 345/2006 (JO C 146 de 30.6.2007, pág. 10)

<sup>408</sup> CDR 18/2010 (JO C 15 dE 18.1.2011, pág. 41). «insta a los Estados miembros, dado que no hay ninguna definición comúnmente aceptada de lo que es el problema de las personas sin hogar, a que utilicen, en la medida de lo posible, la tipología ETHOS (Tipología europea de sin hogar y exclusión residencial). Esto permitiría comparar la situación en los diferentes Estados miembros y los resultados de las diferentes iniciativas. Los conceptos utilizados son los siguientes://sin techo (personas sin cobijo de ningún tipo que duermen en la calle);//sin vivienda (por ejemplo, que viven en un alojamiento temporal para personas sin hogar, en albergues, en un alojamiento compartido reservado para determinados grupos o en una vivienda de asistencia);//vivienda insegura (en apartamentos sin contrato o con familiares o amigos debido a la escasez de vivienda), y//vivienda inadecuada (por ejemplo, viven en cabañas, viviendas que carecen de instalaciones de saneamiento o no cumplen la legislación nacional, caravanas o casetas que no están destinadas a ser habitadas durante todo el año o en condiciones de hacinamiento)» (§ 13). Resolución del Parlamento Europeo sobre una estrategia de la Unión Europea para las personas sin hogar, también pide «que, al elaborar una estrategia de la UE, se tenga en cuenta la Tipología europea de sin hogar y exclusión residencial (ETHOS)»



el dictamen titulado *Hacia una agenda europea de vivienda social*<sup>409</sup> en el que afirma:

«si bien la Unión Europea no tiene competencias explícitas en materia de política de vivienda, es preciso, en vista de la importancia de la vivienda para la realización de los grandes objetivos políticos de la Unión Europea arriba mencionados (estabilidad económica, lucha contra el cambio climático e inclusión social), de la cláusula social horizontal que recoge el artículo 9 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales, explicar cómo las políticas europeas pueden influir en la vivienda» (§ 4); afirma que «es esencial resolver la cuestión de las personas sin hogar y que para ello es necesario movilizar de forma coordinada todas las políticas que tengan un impacto sobre esta cuestión; acoge favorablemente en este contexto la Resolución del Parlamento Europeo sobre una estrategia de la Unión Europea para las personas sin hogar e insta a la Comisión a ponerla en práctica sin dilación» (§ 28); y para ello «señala [...] la posibilidad de movilizar los Fondos Estructurales de la Unión Europea para viviendas destinadas a los grupos marginados» (§ 34).

El Intergrupo de política urbana y vivienda del Parlamento Europeo o Intergrupo URBAN (formado por parlamentarios pertenecientes a distintos partidos europeos e integrados en diversas Comisiones parlamentarias) redactó, el 26 de abril de 2006, la denominada *Carta europea de la vivienda (European Charter for Housing)*<sup>410</sup> cuyo artículo 1.º («La vivienda: un bien necesario, un derecho social fundamental, componente del modelo social europeo») afirma que «La Unión Europea y los Estados miembros también deben estar atentos para el fortalecimiento de los mecanismos de control relacionados con el derecho a la vivienda considerando la posibilidad de su exigencia efectiva como una prioridad, sobre todo en los casos de discriminación, desalojo y existencia continuada de la vivienda precaria y para promover el intercambio de buenas prácticas y el desarrollo de proyectos integrados para la efectiva aplicación del derecho a la vivienda y su exigibilidad»; y en su artículo 2.º («Vivienda: un factor clave para la inclusión social y la protección de

---

<sup>409</sup> Doc. CDR 71/2011 fin (JO C 9 de 11.1.2012, pág. 4); También de este comité es CDR 402/2010.

<sup>410</sup> El Comité de las Regiones en su dictamen sobre política de la vivienda y política regional (2007) sugiere que «el Parlamento Europeo [...] adopte la propuesta de la Carta Europea de la Vivienda adoptada en el Intergrupo URBAN» (informe citado, § 3.1)

la cohesión social en la UE») sostiene que «Las situaciones de exclusión en relación a la vivienda, la condición de las personas sin hogar y la falta de adecuación de la vivienda deben ser combatidas por suponer una violación de los derechos fundamentales de la Unión Europea y en consideración del interés de la Comunidad. La Unión Europea, los Estados miembros, así como las autoridades públicas implicadas deben luchar la exclusión de una manera eficiente, en particular mediante la creación de un mecanismos de solidaridad destinados a reducir efectivamente las consecuencias sociales y humanas de los desalojos»

El derecho a la vivienda se relaciona íntimamente en diversas iniciativas comunitarias vinculadas al principio de no discriminación<sup>411</sup>. La Agencia Europea para los Derechos Fundamentales (*European Union Agency for Fundamental Rights* —FRA—) heredera, desde 2007, del Observatorio de la Unión Europea sobre Racismo y Xenofobia (*European Union Monitoring Centre on Racism and Xenophobia* —EUMC—)<sup>412</sup> es un órgano consultivo de la UE que se encarga de vigilar la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea y formular sugerencias para mejorar su situación elaborando informes. Como parte de sus funciones se ha ocupado de analizar la realidad habitacional de los inmigrantes y las minorías étnicas identificando los casos de discriminación así como las políticas y medidas adecuadas en relación a ellos. Varios de los informes de FRA han sido dedicados a la situación de los derechos humanos para las comunidades gitanas de Europa, incluida su situación en relación a la vivienda<sup>413</sup>. Los informes constatan diversos supuestos de desalojos en condiciones que podemos calificar de desalojos

---

<sup>411</sup> El Tratado UE, en su artículo 2, reconoce los derechos de las personas pertenecientes a minorías y el artículo 21 de la Carta prohíbe toda discriminación basada en el origen étnico o social o en la pertenencia a una minoría nacional. El art. 10 del Tratado de Funcionamiento de la UE establece que «En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». También sobre discriminación los arts. 18 a 25 del Tratado de Funcionamiento.

<sup>412</sup> Vid. PI LLORENS, Montserrat, «La agencia de los derechos fundamentales de la Unión Europea ¿avance u oportunidad perdida?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 27, mayo-agosto de 2007, *passím*.

<sup>413</sup> *Condiciones de vivienda de los Romay los Travellers en la Unión Europea* (octubre de 2009); *Situación de los ciudadanos comunitarios de etnia romaní que residen en otros Estados miembros*, (noviembre de 2009). Disponibles en el sitio web de FRA ([www.fra.europa.eu](http://www.fra.europa.eu))

ilegales o forzosos<sup>414</sup>. FRA también elabora informes por país; por ejemplo, en su informe *Housing Conditions of Roma and Travellers–Spain* (marzo de 2009), constata que en España no existe una regulación legal relativa específicamente al derecho a la vivienda de la comunidad gitana, por lo que no existe una protección específica de sus asentamientos o, en general, de la vida en caravanas; denuncia el desalojo de familias gitanas de los asentamientos informales que ocupan, en ocasiones en pleno invierno sin ofrecerles alojamiento alternativo; denuncia igualmente que en muchos casos estos desalojos tienen lugar en el contexto de la ejecución del planeamiento urbano. Este mismo organismo (FRA) ha elaborado un informe sobre *Derechos fundamentales de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea* (2001)<sup>415</sup>; en el que afirma, con relación a los inmigrantes en situación irregular:

«[...] desalojar a inmigrantes en situación irregular de sus hogares, en los que han establecido su vida privada y familiar, significa dejarlos en la calle y sin protección.

---

<sup>414</sup> El informe *Situación de los ciudadanos comunitarios de etnia romaní que residen en otros Estados miembros* (2009, cit.), obtiene sus datos de entrevistas realizadas a sujetos desalojados o proporcionados por ONGs: «En Milán, en los dos últimos años, se ha aplicado una política de desalojos continuos principalmente orientada a la comunidad de gitanos rumanos, sin anuncios oficiales ni alternativas viables. [...] Existe una política del terror. Todas las mañanas llega la policía y amenaza con destruirlo todo {nota: 171: Entrevista con una mujer de etnia romaní, Italia, 20.02.2009}» (*Situación de los ciudadanos...* cit., pág. 59); «Vivo en una especie de cabaña de madera que nos hemos construido nosotros mismos. En ella vivimos siete personas. No tenemos ningún servicio básico, porque no es un campamento legal. Es un descampado [un solar vacío]. Hace cuatro días la policía vino a decirnos que teníamos que desalojar el lugar y ahora tengo un papel en rumano, escrito por las autoridades, que nos obliga a demoler la cabaña en una semana, o, si no, la demolerán ellos, porque este solar pertenece a la ciudad de Helsinki. [...] La policía nos dijo que nos fuéramos a un lugar de acampada legal, pero nos resulta demasiado caro vivir allí; 60 euros a la semana: ¿cómo podríamos pagarlo? {nota 184: entrevista con un hombre de etnia romaní, Finlandia, 04.05.2009}» (*Situación....*, cit., pág. 61); En Francia, «La ONG *Romeurope* registró cerca de 80 desalojos de personas de etnia romaní procedentes de otros Estados miembros que vivían en chabolas o campamentos entre el 1 de enero de 2007 y el 30 de junio de 2008. En dos tercios de los casos, los desalojos afectaron a grupos de más de 50 personas, muchos de ellos niños {nota 186: Romeurope, Report 2007-2008 París: Romeurope, disponible en: <http://www.statewatch.org/news/2009/jan/roma-in-europe-report-2008.pdf>». Según el informe *Condiciones de vivienda de los Roma y los Travellers en la Unión Europea* (2009): «Se han dado varios casos de desalojos forzosos a gran escala de gitanos que vivían en alojamientos municipales, incluso desalojos de gitanos que pagaban su alquiler con regularidad, desalojos sin previo aviso, desalojos sin una auténtica consulta a los colectivos afectados y desalojos que han conllevado violencia por parte de la policía y la destrucción de bienes personales. Muchos son los casos en los que las autoridades no ofrecen una vivienda alternativa ni una indemnización adecuada por expropiación» (pág. 7).

<sup>415</sup> *Fundamental rights of migrants in an irregular situation in the European Union-Comparative report*, de 21 de noviembre de 2011.

En estos casos, el desalojo puede ser considerado una respuesta desproporcionada del Estado en su objetivo de controlar la inmigración irregular»

También Comisión Europea se ha pronunciado directamente en relación a la situación de la comunidad romaní en algunos de sus informes<sup>416</sup>. A consecuencia de los desalojos masivos de gitanos en Francia durante el verano de 2010 la Comisión Europea creó un Grupo Especial (*Roma Task Force*) para aconsejar a los Estados Miembros a emplear los fondos comunitarios destinados a políticas de vivienda, educación o empleo de modo que contribuyan a la integración de los gitanos. En diciembre de 2010 este grupo elaboró su primer informe<sup>417</sup> en el que se afirma que:

«los Estados Miembros todavía no emplean de modo apropiado el dinero de la UE para la efectiva integración económica y social de los gitanos. [...] La implementación a nivel nacional es problemática por la falta de *know-how* y de capacidad administrativa para canalizar los fondos de la UE. [...]. La gestión del núcleo de los fondos de la UE que deben beneficiar la integración de los gitanos es compartida con los Estados Miembros, sobre todo a través del Fondo Social Europeo (FSE), el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) y, aunque en menos medida, el Fondo Agrícola Europeo para el Desarrollo Rural (FEADER). [...] corresponde a los Estados Miembros presentar proyectos viables. No es función de la Comisión Europea presentar proyectos.»

---

<sup>416</sup> En su *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones- La integración social y económica del pueblo romaní*, de 2010 (doc.: COM(2010)133 final).

<sup>417</sup> *Roma Integration: First Findings of Roma Task Force and Report on Social Inclusion* (doc.: MEMO/10/701, 21.12.2010).



---

## CAPÍTULO TERCERO

### Ámbito estatal de protección

---

1. Protección al ocupante de vivienda en la Constitución española (717)	
1.1. Medidas políticas y medidas de gracia o humanidad.....	<a href="#">717</a>
1.2. De la humanidad a los derechos: Estado social y democrático de derecho. ....	<a href="#">723</a>
1.3. La vivienda como objeto indirecto de derechos fundamentales civiles y políticos: contenido esencial y amparo. ....	<a href="#">737</a>
1.4. Equilibrio constitucional entre derechos fundamentales y proporcionalidad.. ....	<a href="#">740</a>
1.5. Derecho a la tutela efectiva y función social de la propiedad. ....	<a href="#">746</a>
2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y derechos fundamentales relativos a la vivienda (748)	
3. El derecho a la vivienda en las normas administrativas: actividad prestacional y promocional de los poderes públicos (756)	
4. El derecho a la vivienda en las normas civiles (761)	
4.1. Legislación civil y de Arrendamientos Urbanos. ....	<a href="#">761</a>
4.2. Concepto legal de vivienda en las normas civiles. ....	<a href="#">762</a>
5. El derecho a la vivienda en las normas procesales (781)	
5.1. Garantías de conservación. ....	<a href="#">781</a>
5.2. Garantías de procedimiento. ....	<a href="#">788</a>

---

### **1. Protección al ocupante de vivienda en la Constitución española.**

#### *1.1. Medidas políticas y medidas de gracia o humanidad.*

En aquellos ordenamientos en que los poderes públicos no se encuentran limitados por la consagración constitucional de derechos fundamentales (como ha sido el ordenamiento español durante la mayor parte de su historia), las limitaciones que se puedan imponer a los derechos del propietario de una vivienda (o de una finca rústica) en favor del ocupante que la habita (normalmente, a título de arrendatario), seas una vez se ha extinguido su título, sea, precisamente, para evitar tal extinción, se amparan o han amparado, exclusivamente, en criterios de política legislativa. Tales criterios pueden tener fundamento pragmático (aspirando, por ejemplo, a beneficiar a un sector de población con relevancia política, como han sido los habitantes de las ciudades por la inestabilidad social que genera su descontento), económico (para evitar perjuicios a las estructuras productivas, como ha ocurrido con los colonos en ciertos momentos históricos) y aun de orden ético o moral

(consideración traducida dogmáticamente como «principio de humanidad»<sup>418</sup>), pero no se deben a una exigencia propiamente jurídica, al no existir una norma por encima del legislador. En el sentido expuesto, las limitaciones legislativas a la propiedad para proteger al ocupante de vivienda, son muy antiguas y, desde luego, anteriores al Estado democrático de derecho. Se han concretado tanto en normas materiales como procesales. En el ámbito de las normas materiales o sustantivas, las limitaciones a la propiedad se han manifestado en la regulación especial de los arrendamientos urbanos y rústicos mediante normas de privilegio favorables a los intereses de los arrendatarios en tanto sujetos con un vínculo temporal y «precario» (pero personal y socialmente muy relevante) con la vivienda o con la tierra<sup>419</sup>. Tales normas materiales han consistido, fundamentalmente, en diversos

---

<sup>418</sup> Sobre este principio puede consultarse, FAIRÉN GUILLÉN, Victor, «La Humanización del proceso», en AA. VV. (Storme, Marcel and Casman, Hélène, editores), *Towards a Justice with a human face (The first International Congress on the Law of Civil Procedure. 27 agosto 1977-4 septiembre 1977)*, Kluwer, Deventer (Holanda), 1978, págs. 185 a 240, *pássim*; Según el principio de humanidad, el proceso es una realidad fenomenológica que, aun cuando creada para tratar sobre otra realidad (la que constituye el objeto del proceso, con referencia a una relación de Derecho material —real o meramente invocada—) acaba afectando por sí mismo, como nueva realidad (expresión de una relación o situación jurídica procesal), a la existencia de las personas que en él participan: ello es más que evidente en el proceso de ejecución. De ahí que todo proceso deba respetar esa existencia humana en la cual incide, al menos en aquellos aspectos que no sean exigencia necesaria de la realización del Derecho que se acomete con el proceso. Ahora bien, este respeto por la existencia real de los implicados en el proceso puede considerarse hoy día como proyección procesal de distintos derechos fundamentales. En efecto, las diferentes dimensiones de la vida humana (a veces señaladas por el aspecto vital implicado —salud— otras por el bien que cubre la necesidad vital —vivienda, medio ambiente— otras, en fin, por la institución social que las satisface tales dimensiones de la vida —seguridad social, familia—), adquieren relevancia y protección jurídica en forma de derechos (de rango constitucional) que amparan los «bienes jurídicos esenciales» de dicha persona: salud, vivienda, medio ambiente, ocio, familia, etc. Por ello, todos estos derechos hacen referencia a un bien común a todos ellos, «la dignidad de la persona» (art. 10.1 CE), a la cual aspiran. El concepto de dignidad expresa, en nuestra opinión, la consagración constitucional del principio de humanidad. De este modo, el principio de humanidad en el ámbito procesal podría verse como la proyección en el proceso de todos estos derechos fundamentales que atienden a la protección de la persona (el ser humano: «principio de humanidad») en sus diferentes dimensiones. El respeto y consideración en el proceso de la persona real, tal cual es, en todas sus dimensiones, sin formalizarla, olvidarla o caricaturizarla, es una exigencia de la dignidad de la persona que se refleja en todos los derechos fundamentales (tanto sociales —salud, medio ambiente, familia, vivienda, etc.— como políticos —proceso justo, tutela efectiva, libertad—). Supone una llamada a que el proceso no quede «cegado» por los derechos materiales puestos en juego por la pretensión y tampoco se limite a una versión formal del derecho a la tutela efectiva de las partes, sino que atienda, además, al conjunto de derechos fundamentales de los sujetos que intervienen en el proceso.

<sup>419</sup> FAIRÉN GUILLÉN considera la legislación arrendaticia un buen ejemplo de la consagración progresiva del principio de humanidad: «un caso de evolución desde una legislación “poco humana” a otra “humana” (también en España): el de los de las Leyes de Arrendamientos. La LEC (de 1881, muy individualista) preveía, para los casos de sentencias de desahucio, una serie de plazos muy cortos, si el desalojo de la finca era urbano (habitación), y aún ningún plazo específico en ciertos casos de

regímenes de limitación de rentas y sistemas de prórroga forzosa del contrato de arrendamiento. Manifestaciones de la protección dispensada al arrendatario se pueden

---

desalojo de fincas rústicas (arts. 1596 y 1597). Y en el 1599 dice textualmente que “transcurrido el término [...] señalado en el art. 1596, sin que el inquilino o el colono hayan desalojado la finca, se procederá a lanzarlo, sin prórroga ni consideración alguna”. Esto es, sin “plazos de humanidad”. Tal legislación, comenzó a ser modificada —en Arrendamientos Urbanos— por el Decr. de 29.12.1931, que establecía la “prórroga del contrato de inquilinato” a voluntad del arrendatario. Y más tarde, una serie de LAU (la 1.<sup>a</sup> de 1946; seguida de las de 1956 y 1964) introdujo una serie de normas “humanizadoras” del desahucio. Así, si éste se produjo por falta de pago, el vencido y amenazado de desalojo “podrá enervar la acción” en cualquier momento anterior a la notificación de la sentencia que no apareje recurso (pagando al actor o depositando en el Tribunal las cantidades debidas, art. 147-1.<sup>o</sup>); si se trata de arrendamientos de vivienda, cualquiera que sea su importe y en el de los locales de negocios modestos (renta no superior a las 12.000 pts. anuales), el demandado vencido puede rehabilitar el contrato y evitar el desalojo (o lanzamiento) si, hasta el momento mismo en que fuera a practicarse, él, u otra persona en su nombre, paga las cantidades debidas, más el 25% de las mismas, etc. (art. 147.2.<sup>o</sup>). De otro lado, los exiguos plazos de la vieja LEC para evacuar la vivienda objeto del desahucio, se han ampliado notablemente; aludiéndose, en cuanto a su prórroga, a “razones de equidad o personales del demandado” que el Juez aprecie (art. 142 de LAU, 1964). Además, existe una serie de Disposiciones sobre “Viviendas Protegidas” por el Estado y Corporaciones públicas, p. ej., ocupadas por trabajadores en paro forzoso; viviendas de “renta limitada” en las que se contienen igualmente normas humanizadoras para los desalojos. Hay que constatar que la humanización no juega sólo en favor del arrendatario, sino también del propietario del inmueble; la prórroga del contrato a favor del primero, no rige para los casos en que éste necesite la habitación para sí mismo o para sus familiares. La casuística de la LAU, es muy copiosa e imposible de reproducir aquí. En materia de Arrendamientos Rústicos, como modernas medidas procesales cuya base se halla en la “humanización”, podemos citar, en España las medidas que los tribunales pueden adoptar en caso de que por el propietario del fundo se pida una revisión de la renta (en su favor, naturalmente); pueden sentenciar, incluso rebajando la renta, aunque el arrendatario no hubiese opuesto reconvencción (art. 53 LAR de 1935 y 51 del Decr. de 29.4.1959); [...]. El fenómeno de la “humanización” —a través de la “socialización”— de los procesos de arrendamientos rústicos y urbanos, es una contante de los Ordenamientos europeos» (Fairén Guillén, Víctor, «La Humanización del proceso», 1978, cit., pág. 206, n. 3). Por su parte, JACOBSON presenta la evolución del Derecho sueco (pese a acoger este ordenamiento un sistema de ejecución no jurisdiccional sino puramente administrativo) como la imposición del principio de humanidad, cuando afirma que «el capítulo 16 del Código de Ejecuciones {Chap 16, *Enforcement Code*. Prop. 1980/81: 8 pág. 769} contiene reglas detalladas sobre el procedimiento a seguir por las autoridades [administrativas] encargadas de la ejecución una vez que el desalojo es solicitado por el demandante. Estas reglas fueron formuladas tras varios años de debate que comenzó con un caso en Helsingborg, que atrajo mucha atención a finales de los años 60. El funcionario encargado de la ejecución en Helsingborg no llevó a cabo el lanzamiento de una familia que, de acuerdo con las normas aplicables, debía tener lugar durante las Navidades. Les otorgó, en cambio, un aplazamiento hasta el día de año nuevo. El funcionario fue llamado *Santa Claus* en el debate público puesto que motivó su decisión únicamente en razones humanitarias. Desde 1982 se aplican varias normas que permiten retrasar la ejecución, establecen la obligación de notificar al deudor, de tener ciertas consideraciones con los demás habitantes, regulan la forma del lanzamiento, el almacenamiento de los bienes del deudor y la obligación de notificar al deudor antes de que sea vendida su propiedad.[...]» (Jacobson, Ulla, «Regional Report from Scandinavia», en AA. VV. (Sir Jack Jacob Q. C., coord.), *Trends in the Enforcement of Non-money Judgements and Orders. The First International Colloquium on the Law of Civil Procedure*, Kluwer Law International, La Haya (Holanda), 1988, págs. 111 a 137 y 128 y 129 [la traducción es nuestra]).



encontrar en todas las épocas históricas, acelerándose con ocasión de las transformaciones sociopolíticas desde principios del siglo XX.

En el ámbito procesal, las medidas tuitivas en favor del arrendatario se habían concretado, desde antes de la codificación, en diversas formas de retraso o dilación del lanzamiento: inicialmente de un modo singularizado y puramente reactivo, es decir, a instancia del ocupante (los denominados «amparos» que por motivos de enfermedad o de equidad que solían otorgar los tribunales<sup>420</sup>); posteriormente, de forma generalizada y preventiva,

---

<sup>420</sup> En la Villa de Madrid, para los procesos arrendaticios que hoy llamaríamos de desahucio el ocupante de un inmueble, tras la intimación judicial al desalojo, disponía de dos modos de proceder (que solían acumularse): solicitar un plazo mediante el «amparo en la posesión», u oponerse al derecho del arrendatario, dando origen a un juicio ordinario. En palabras de GARCÍA GOYENA, AGUIRRE y MONTALBÁN: «Cuando el dueño de la casa alquilada por tiempo determinado en esta corte intenta despojar al inquilino por alguna de las causas legales, o por haber espirado el tiempo de arrendamiento, o por no querer que continúe en ella, si el inquilino acude al juez de primera instancia y pretende mandamiento de amparo, se le concede por cuarenta días, para que en ellos pueda buscar otra á donde mudarse, cuyo término empieza desde el día de la primera notificación o requerimiento, y es perentorio, ya se haga en virtud de auto judicial, ya por el dueño ante el escribano» (García Goyena, Florencio; Aguirre, Joaquín; Montalbán, Juan Manuel; *Febrero o Librería de Jueces, abogados y escribanos*, Madrid, 1844 (2.<sup>a</sup> ed), T. III, págs. 238 y 239).

El mencionado amparo en la posesión se remonta a un privilegio real otorgado a los arrendatarios de Madrid en 1610. El privilegio podía exigirse ante el Juez, pero empezaba a correr si el dueño de la casa había efectuado desahucio/preaviso ante escribano: «Que los amparos que se suelen dar sobre las casas, acabado el tiempo de su arrendamiento, no queriendo el dueño de ella arrendarla al que la viviere, no escedan de cuarenta días, y éste sea término perentorio, para que no se pueda alegar por ningún alcalde, ni por mi consejo, por el agravio que recibe el dueño de la casa ocupándosela contra su voluntad a título de dicho amparo, pues los dichos cuarenta días después de cumplido el arrendamiento es termino bastante para que el alquilador busque casa, y pase a ella; y si el dueño de la casa le hubiere requerido ante escribano que salga, se entienda que los cuarenta días han de correr desde el día del requerimiento» Capítulo 5 del privilegio concedido por don Felipe III a la Villa de Madrid en Lerma a 8 de mayo de 1610 (auto acordado 5, Tít. 15, Lib. 3 de la Recopilación); recogido en la Novísima Recopilación, este «privilegio» se redacta de la siguiente manera: «Que los amparos que se solían dar sobre las casas acabado el tiempo de su arrendamiento, no queriendo el dueño arrendarla al que la viviere no escedan de cuarenta días, y que este sea término perentorio, como suficiente para que el alquilador busque casa y pase á ella» (Ley 24, Tít. 24, Lib. 3. Nov. Recop.). Junto al otorgamiento de plazo inicial (en Madrid), los inquilinos podían obtener nuevos plazos (a los que con frecuencia se alude como «prórrogas») previa solicitud expresa motivada en las circunstancias particulares concurrentes. Dado que el punto de partida de todos estos plazos era la falta de derecho del ocupante a permanecer en el inmueble, su función parece ser la de amparar al demandado frente a una ejecución excesivamente expeditiva, es decir, servían al principio de proporcionalidad de la ejecución. Pese a ello, GÓMEZ DE LA SERNA, según la concepción ya dominante entre los juristas de la época, imbuídos del espíritu liberal, los califica de «abusos»: «Abuso antiguo era que dada la providencia de lanzamiento, estuviese aun muchas veces por largo tiempo privado el propietario de la libre disposición de su finca. En la memoria de todos están los medios escogitados por los inquilinos de Madrid, que no pagaban con puntualidad los arrendamientos, medios que en mucha parte habían ya tenido su correctivo. Acudían al mandamiento de amparo [en la posesión], a la prórroga por equidad, a enfermedades supuestas y a otros mil arbitrios menos decentes

otorgándose, de oficio, los plazos calificados (pese a lo a veces exiguo de su duración) como plazos «de gracia» o de «humanidad» contenidos tanto en las leyes de enjuiciamiento civil de 1855 y 1881<sup>421</sup> como en las sucesivas leyes de arrendamientos urbanos del siglo XX<sup>422</sup> (hasta que la vigente LAU de 1995 devolviera los arrendamientos urbanos al régimen procesal común de la LEC, incluido el régimen de lanzamiento<sup>423</sup>). Una medida más intensa de protección en el ámbito de la ejecución forzosa fue la denominada rehabilitación del

---

para conseguir, como á las veces lo lograban, permanecer por bastantes meses en una casa cuyos arrendamientos debían, y no pensaban ni podían pagar» (Gómez de la Serna, Pedro, *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1857, págs. 136 a 139).

<sup>421</sup> Los plazos de desalojo quedaron fijados para todo el territorio nacional y objetivados según el tipo de finca: ocho días si se trataba de «casa de habitación y que habiten con efecto el demandado o su familia», quince si de «establecimiento mercantil o de tráfico» y veinte si de «hacienda, alquería, cortijo o cualquiera otra finca rústica que tenga caserío y en la cual haya constantemente guardas, capataces u otros sirvientes» (art. 647 LEC/1855); no se daba plazo alguno en el caso de «finca rústica que no tuviere ninguna de las circunstancias expresadas» (art. 648 LEC/1855); tampoco se daría plazo si la finca urbana estuviera desocupada. El art. 1596 LEC/1881 mantenía los plazos anteriores: ocho días («si se trata de una casa-habitación, y que habiten, con efecto, el demandado o su familia»), quince días («si de un establecimiento mercantil, fabril, de tráfico o recreo») y veinte días («si de una hacienda, alquería, cortijo u otra cualquiera finca rústica que tenga caserío, y en la cual haya constantemente guardas, capataces u otros sirvientes»). El art. 1597 LEC/1881 señalaba, como su antecesor (art. 448 LEC/1855), que no se daría plazo alguno (desalojo «en el acto») si se tratase de «finca rústica que no tuviere ninguna de las circunstancias expresadas en el artículo anterior», incluyendo entre estos supuestos de «desalojo en el acto» los de «casa no habitada por el demandado o su familia».

<sup>422</sup> La LAU de 1947 amplió extraordinariamente la duración del plazo inicial (el otorgado de modo automático e incondicional) y añadió la posibilidad de una primera prórroga y todavía una segunda prórroga extraordinaria (aunque excluyendo de esta posibilidad los casos de desahucio por falta de pago). Los plazos iniciales fueron de dos meses, en caso de desahucio por falta de pago (fuera de vivienda o de negocio), y de seis meses, en caso de desahucio por cualquier otra causa. La primera prórroga, por «razones de equidad» o «personales del demandado» era de dos meses para los desahucios originados por falta de pago y de seis meses por cualquier otra causa. La prórroga extraordinaria no tenía limite temporal (vid. arts. arts. 161, 162 y 167 LAU/1947). La LAU de 1956 mantuvo un sistema casi idéntico al de la LAU de 1947: dos meses de plazo inicial prorrogables por otros dos por «razones de equidad» o «personales del demandado» (art. 142 LAU/1956). Para los desahucios fundados en otras causas distintas de la morosidad, el plazo inicial se reduce de seis a cuatro meses y la prórroga de seis meses a dos, sin indicar expresamente los criterios que debían concurrir para otorgarlas (se entiende que serían los mismos que en el supuesto de desahucio por falta de pago) pero calificando su concesión de «excepcional» (arts. 143 y 144 LAU/1956). Desaparecía la segunda prórroga extraordinaria. Los artículos 142 a 144 de la LAU/1964 son idénticos a los del Texto Articulado de 1956 que acabamos de comentar. El art. 148 LAU/1956 y el mismo artículo del texto de 1964, subordinaban el disfrute de los plazos (iniciales o prórrogados) al pago de la renta.

<sup>423</sup> Con la LAU de 1994 desaparecen las normas especiales que ampliaban los plazos objetivos iniciales y permitían su prórroga en atención a circunstancias concurrentes. Los plazos para el lanzamiento vuelven a ser los comunes de la LEC: de ocho días para desalojar la vivienda y de quince para el desalojo de local de negocio, en ambos casos «sin prórroga ni consideración de ningún género», tal como había establecido la LEC de 1855 más de cien años atrás en un contexto político, socioeconómico y jurídico bien distinto.

contrato, actualmente reducida a ciertos supuestos de ejecución concursal (art. 70 Lco.). Entre las medidas tuitivas propias del proceso declarativo puede mencionarse también la enervación<sup>424</sup>.

Las expresiones con las cuales doctrina y jurisprudencia calificaron la mitigación de los efectos del lanzamiento sobre los ocupantes de vivienda o finca rústica (plazos de «gracia», «humanidad»<sup>425</sup> o «equidad») translucen con claridad que la *ratio legis* de estos preceptos se encontraba (sin perjuicio de otras motivaciones políticas, sociales o económicas, como afirmábamos) en exigencias éticas acogidas por el legislador como parte de su política legislativa y no en exigencias jurídicas constrictivas de su quehacer legislativo.

La citada fundamentación en razones humanitarias de la protección frente al lanzamiento inmediato del arrendatario (y, en general, de todo ocupante de vivienda al que, a veces, se extienden por analogía) se altera con el advenimiento del Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1.1 CE) en cuanto éste compromete a los poderes públicos (incluidos el legislativo y el judicial) con un conjunto de derechos fundamentales de los ciudadanos<sup>426</sup>

---

<sup>424</sup> *Vid. infra*, § 5.1 e.

<sup>425</sup> «Gracia», en la tercera acepción que de esta palabra ofrece el DRAE, 22.<sup>a</sup> ed. 2001) se define como «don o favor que se hace sin merecimiento particular; concesión gratuita»; humanidad (en su quinta acepción) es definida como «sensibilidad, compasión por las desgracias de nuestros semejantes». Como se puede comprobar, se trata de acepciones de fuerte componente ético y subjetivo; mas no jurídico.

<sup>426</sup> Como afirman ABRAMOVICH y COURTIS «La historia del nacimiento de los Estados Sociales es la historia de la transformación de la ayuda a los pobres motivada por la caridad y en la discrecionalidad de la autoridad pública, en beneficios concretos que corresponden a derechos individuales de los ciudadanos» (Abramovich, Victor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pág. 37). Según estos autores «Hartley Dean denomina a este proceso la juridificación del bienestar (cf. “The juridification of the welfare: Strategies of discipline and resistance”, en A. Kjonstad y J. Wilson [eds.], *Law, Power and Poverty*, Bergen, 1995, págs. 3-37)» (*Ibidem*, pág. 37 nota 34). El proceso de ejecución exige ponderar los bienes jurídicos con relevancia constitucional (derechos fundamentales) susceptibles de ser tutelados por el mismo. El principio de humanidad puede ser entonces redefinido para aludir a una aspiración más sutil (y no vinculante): hacer el proceso más «amable», lo que parece remitir a criterios de calidad de la gestión administrativa antes que a criterios estrictamente jurídicos. En este sentido, GELSI BIDART afirma que «humanización del proceso no es lo mismo que respeto de los derechos humanos o fundamentales en el proceso [...]», porque siendo cierto «1.º, que el proceso es [...] garantía de (medio o instrumento para proteger) los derechos fundamentales; [...] 2.º, que también en el proceso es necesario que se alcance esta garantía, lo cual significa aplicar, una vez más, el principio esencial en la conducta humana de que el fin (garantizar el derecho sustantivo) no justifica los medios», no obstante «no cabe equiparar el respeto de los derechos fundamentales o básicos o primordiales o esenciales del hombre en el proceso (de todos y de cada hombre; indispensables en cualquier país o época; exigidos para que el hombre reciba el trato que corresponde a su propia condición o naturaleza, en la vida social) y humanización del

(arts. 9 y 53 CE), entre los que se cuenta el derecho a la vivienda (art. 47 CE) y aquellos derechos que la vivienda ampara (derechos relativos a la vivienda), como la integridad física y moral (art. 15 CE) o la vida privada y familiar (art. 17 CE) que, en definitiva, se articulan en torno a la dignidad de la persona consagrada constitucionalmente como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE)<sup>427</sup>.

De este modo, con la Constitución de 1978 el Estado español confluye con el proceso de positivación internacional de los derechos humanos del que hemos dado cuenta en capítulos precedentes, tal como refleja el art. 10.2 CE: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

### *1.2. De la humanidad a los derechos: Estado social y democrático de derecho.*

El Estado de Derecho que se consagra en la Constitución Española de 1978 es un Estado que se califica de «social y democrático»(art 1.1 CE), es decir, resultado de un proceso

---

proceso»; y así «humanizar el proceso quiere decir realizarlo de la manera (o modo) más acorde con el modo de ser de los hombres que lo realizan» (Gelsi Bidart, Adolfo, «La humanización del proceso (II)», en AA. VV., *Towards a Justice with a human face*, cit., 1978, págs. 251 y 252). RIVERO SÁNCHEZ, por su parte, distingue varias nociones del principio de humanidad pues según este autor: «cuando se habla de humanizar el proceso debe tenerse cuidado de no confundir las diversas acepciones que en la literatura jurídica se ligan a este término. En realidad es posible distinguir con claridad tres significados diversos de esta palabra: 1) Humanizar significa respetar la dignidad humana en el proceso; 2) humanizar es actualizar el proceso para adaptarlo a la vida moderna; 3) Humanizar es acercar el proceso al ser humano» (Rivero Sánchez, Juan Marcos, «Proceso, democracia y humanización», en la *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, agosto 1997, año 9, núm. 13).

<sup>427</sup> Es muy discutida la calidad de derecho fundamental predicable de los derechos humanos económico-sociales. Sin perjuicio de la indudable diferencia de tratamiento constitucional de unos y otros (art. 53 y 81 CE) y de que tal diferencia puede expresarse con la contraposición entre derechos fundamentales y principios, desde un punto de vista de su estructura no existe una diferencia tan radical que los aparte del género común de los derechos inviolables que están en la base del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE). Se hayan comprendidos en la rúbrica constitucional del Título I CE (De los Derechos fundamentales y de las Libertades Públicas) en el que se ubican así como en las menciones que el art. 10 hace a los «derechos inviolables» (apartado primero) y a las «normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución reconoce» (apartado segundo). Sobre la estructura de los derechos económico sociales como derechos equiparables a los derechos civiles y políticos vid. HIERRO, Liborio L., «Los derechos económico sociales y el principio de igualdad en la teoría de Robert Alexy», en AA. VV. (Alexy, Robert, et alii), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009 (2.ª ed.; 1.ª de 2007), págs. 163 a 248, *passim*.

evolutivo del Estado<sup>428</sup> que culmina con la asunción por el mismo, como razón de su existencia y guía de su Ordenamiento jurídico, de derechos de muy diversa índole, sea por la función que exigen del aparato estatal (derechos de abstención, de participación o de prestación<sup>429</sup>), sea por aquello que otorgan a sus destinatarios (derechos a disfrutar

---

<sup>428</sup> Este proceso de positivación constitucional se refleja en la breve síntesis que tomamos de FIX ZAMUDIO, para quien «recién terminada la primera guerra mundial surgieron las primeras declaraciones de derechos de estos grupos sociales, y tocó a nuestro país [México] el privilegio de levantar la bandera del nuevo Derecho, con la consagración de “garantías sociales” en los artículos 27 y 123 de la Constitución de 5 de febrero de 1917. Inmediatamente después, la constitución alemana de 11 de agosto de 1919 estableció un amplio catálogo de derechos sociales y este movimiento de constitucionalización siguió incontenible en las restantes Leyes fundamentales del mundo occidental. En la segunda posguerra el fenómeno se hizo más evidente, pues los derechos sociales han sido objeto de la atención preferente en las nuevas Constituciones que surgieron del hundimiento del totalitarismo de Occidente, de tal manera que ya en las Constituciones italiana de 1948 y de la República Federal Alemana de 1949, la orientación social es tan marcada que se habla de un Estado de derecho Social» (Fix Zamudio, Hector, «Introducción al estudio del Derecho procesal social», *Revista Iberoamericana de Derecho procesal*, 1965, núm. 3, pág. 390). El art. 123 de la Constitución Mexicana de 1917 afirma en su apartado 11, letra f): «se proporcionaran a los trabajadores habitaciones baratas, en arrendamiento o venta, conforme a los programas previamente aprobados. Además, el estado mediante las aportaciones que haga, establecerá un fondo nacional de la vivienda a fin de constituir depósitos en favor de dichos trabajadores y establecer un sistema de financiamiento que permita otorgar a estos crédito barato y suficiente para que adquieran en propiedad habitaciones cómodas e higiénicas, o bien para construirlas, repararlas, mejorarlas o pagar pasivos adquiridos por estos conceptos. Las aportaciones que se hagan a dicho fondo serán enteradas al organismo encargado de la seguridad social regulándose en su ley en las que corresponda, la forma y el procedimiento conforme a los cuales se administrara el citado fondo y se otorgaran y adjudicaran los créditos respectivos»; El primer texto constitucional europeo que reconoció este derecho fue la Constitución de Weimar de 1919, cuyo art. 155 establecía que «El reparto y utilización del suelo serán vigilados por el Estado en forma que se impida el abuso y se tienda a proporcionar a todo alemán una morada sana y a todas las familias alemanas, especialmente a las de numerosa prole, una morada y un patrimonio económico que responda a sus necesidades» (traducción del prof. Benito Aláez Corral). Vid. GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1987.

<sup>429</sup> Según GARCÍA DE ENTERRÍA, «desde su origen revolucionario, [...] las libertades públicas se configuraron como derechos subjetivos frente al Estado (derechos naturales innatos sobre los cuales el Estado se funda y cuyo respeto y garantía constituye su fin); estos derechos innatos imponen un ámbito de libre determinación individual completamente exento del poder del Estado. Lo que estos derechos individuales reclaman del Estado es, pues, una abstención. Pero en las propias Declaraciones de Derechos iniciales se incluyeron ya derechos de otro carácter que, como se ha dicho, no contemplan al individuo alejado, distante del poder, exento del mismo, sino que pretendían la conversión del mismo en un ciudadano y, por tanto, su inserción en el propio aparato político o de poder, derecho que, más tarde, se llamarían por eso derechos cívicos o políticos [...] dos categorías de derechos, libertad-autonomía y libertad-participación, en la ya famosa caracterización de BORDEAU, [...] la historia hará aparecer más tarde una tercera especie de derechos fundamentales, los que se llamarán (aunque no existe una convención terminológica firme) los Derechos económicos y sociales [...] Este tipo de derechos no suponen ya una abstención del Estado como contenido fundamental, sino, por el contrario, una prestación positiva del Estado a favor de los ciudadanos, a los que ha de asegurarse un “nivel mínimo” de “libertades reales” que les asegure las posibilidades de existir y desarrollarse libremente en la sociedad. Mientras que los derechos individuales en sentido tradicional son “poderes de

determinados ámbitos de libertad o inmunidad, derechos de participación en las estructuras sociopolíticas y derechos al acceso y conservación de ciertos bienes o servicios) lo que, a su vez, permite atribuirles una diferente naturaleza sociológica (derechos civiles, derechos políticos, derechos sociales, económicos y culturales)<sup>430</sup>. No obstante, las distintas clasificaciones no se corresponden de forma unívoca<sup>431</sup>.

---

prohibir”, los derechos sociales son “poderes de exigir” (BORDEAU)» (García de Enterría, Eduardo, con Fernández, Tomás-Ramón, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, Civitas, Madrid, 1993 (4.ª ed.), págs. 58 y sigs.). En ocasiones se habla de tres generaciones de derechos humanos: según sostiene HIERRO, esta división en tres estadios la planteó originariamente Marshall en 1959 (Marshall, Theodor H., *Ciudadanía y Clase Social*, Madrid, Alianza, 1998) y es sostenida por Peces Barba (en *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Dykinson, Madrid, 1999, págs. 59 y 61). Para HIERRO no existe base histórica para la distinción en tres etapas de la evolución de los derechos humanos, siendo históricamente más correcto considerar sólo dos “generaciones” (Hiero, Liborio L., «Los derechos económico sociales y el principio de igualdad en la teoría de Robert Alexy», en AA. VV. (Alexy, Robert, et alii), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, págs. 164 y 165). Esta noción evolutiva o «tesis de las generaciones de derechos» ha sido criticada por PISARELLO PRADOS, Gerardo *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Barcelona, 2007. BASTIDA destaca que la diferenciación entre distintos conjuntos de derechos fundamentales tiene su base histórica en la diferente fundamentación de tales derechos: para el estado liberal —basado en una radical separación entre estado y sociedad— «hay unos derechos *naturales* del individuo que, como tales, *preexisten* al estado. [...] El estado liberal los re-conoce en su constitución como anteriores a él, y la función para la que es creado es justamente la de respetar su existencia, y darles amparo legal [...]» (págs. 107 y 108) mientras que «Las constituciones democráticas se enmarcan en una concepción positivista del ordenamiento jurídico en el que la constitución es la norma jurídica suprema y, como tal, fuente de producción de las demás normas del ordenamiento [...] la positivación constitucional de los derechos les priva de su supuesto carácter preestatal, de su pretendida condición natural [...]» (Bastida, Francisco J., «¿Son los derechos sociales derechos fundamentales?», en AA. VV., *Derechos sociales y ponderación*, cit., 2009, pág. 112).

<sup>430</sup> FERRAJOLI emplea en su distinción un fundamento ético-político que, en nuestra opinión, revela los intereses que subyacen a la priorización histórica (o moderna) de unos derechos frente a otros: «Todos los derechos fundamentales son leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia: en primer lugar el derecho a la vida, contra la ley de quien es más fuerte físicamente; en segundo lugar los derechos de inmunidad y de libertad, contra el arbitrio de quien es más fuerte políticamente; en tercer lugar los derechos sociales, que son derechos a la supervivencia contra la ley de quien es más fuerte social y económicamente» (Ferrajoli, Luigi, «Sobre los derechos fundamentales», *Cuestiones Constitucionales*, julio-diciembre, número 15, 2006, pág. 118).

<sup>431</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA expone la falta de correspondencia, destacando la comunicabilidad o interrelación: «las diferencias entre derecho-autonomía, derecho-participación y derecho-prestación se difuminan y aparece más bien la realidad de un catálogo concreto de Derechos fundamentales marcados por su marchamo constitucional que los ha destacado como tales y a través de los cuales intenta asegurar el papel central del ciudadano en el sistema político con el fin triple y simultáneo objetivo de 1.º respetar su esfera privativa de vida personal incoercible por el poder público. 2.º Erigirle en *dominus* de la cosa pública, sujeto y no objeto de la misma, mediante el reconocimiento de su determinante participación en la formación de la voluntad política del Estado, y en las instancias públicas y socialmente relevantes de modo que no se bloquee en ningún momento la posibilidad misma de esa actuación determinante. 3.º organizar un sistema de prestaciones positivas del Estado

Junto al incremento del listado de derechos, el paso de un «Estado de derecho»<sup>432</sup> a un «Estado constitucional de derecho» a través de las Constituciones rígidas significa, siguiendo a FERRAJOLI, que éstas «incorporan principios y derechos fundamentales como límites y vínculos no sólo ya al poder ejecutivo y judicial, sino también al poder legislativo», de modo que «en el Estado constitucional de derecho el legislador no es omnipotente, en el sentido de que las leyes emanadas por él no son válidas por el solo hecho de su entrada en vigor, o sea, por haber sido producidas en la forma establecida en las normas sobre su producción, sino cuando, además, resulten también coherentes con los principios constitucionales»<sup>433</sup>. Se trata de «una segunda revolución que cambia al mismo tiempo la naturaleza del derecho, la naturaleza de la política y la naturaleza de la democracia»<sup>434</sup>.

Aun cuando la Constitución Española atribuye distinto valor vinculante a las diversas categorías de derechos (en los términos del art. 53 CE), ninguna de dichas categorías se puede identificar con simples declaraciones de intenciones de valor meramente programático. Incluso los derechos de carácter económico-social consagrados en el Capítulo III del Título primero bajo el rótulo «principios rectores

---

en su favor que haga permanentemente posibles su existencia, su libre desarrollo y el mantenimiento de su papel central en el sistema. Podría hacerse una discriminación de los derechos constitucionales según se orienten de manera más o menos predominante respecto de alguno de estos tres objetivos, pero es un hecho que los tres están presentes en todos ellos» (*ibidem*). En el mismo sentido, ANDRÉS IBÁÑEZ señala que «es claro que ya no resulta posible sostener que exista algún tipo de derechos fundamentales que impliquen para el Estado la única exigencia de no hacer o de abstenerse de actuar. No hay derecho civil y político cuya garantía no obligue al Estado a predisponer recursos y medios de diversa índole, con la consiguiente repercusión presupuestaria. Por otra parte, hay violaciones de derechos sociales que tienen su origen en el incumplimiento de obligaciones negativas por parte del Estado, en especial la de no discriminar (art. 14.1 CE). De modo que la diferencia entre esos derechos y los económicos, sociales y culturales debe ser relativizada, al tratarse de una cuestión más de grado que de naturaleza» (Andrés Ibañez, Perfecto, «El juez nacional como garante de los derechos humanos», en AA. VV., *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI. Seminario conmemorativo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 305). CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR afirma que «el carácter normativo de la entera Constitución de 1978, avala la indudable eficacia jurídica que, en todo caso, ha de reconocerse a dicho catálogo [de derechos socioeconómicos]» (Carro Fernández-Valmayor, José Luis, «Derechos Fundamentales socio-económicos y prestaciones esenciales», en AA. VV., *Derechos Fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, Vol. I, varios editores, 2008, págs. 373 a 394).

<sup>432</sup>Que FERRAJOLI califica de Estado «paleopositivista y jacobino» (FERRAJOLI Luigi, «Jurisdicción y democracia», en *Democracia y Garantismo*, Trotta, Madrid, 2008, págs. 209 a 212).

<sup>433</sup> *Ibidem*.

<sup>434</sup> *Ibidem*.

de la política social y económica» (entre los que se cuenta el derecho a la vivienda —art. 47 CE—), sin perjuicio de incorporar una evidente dimensión prestacional (directa o indirectamente orientada a obtención de bienes y servicios) y de evidenciar, vinculada a ésta, un marcado carácter programático regido por el principio de progresividad (en cuanto señalan objetivos a alcanzar en función de los recursos disponibles y de las opciones políticas respecto a los modos de utilización de estos recursos: de ahí su consideración en el capítulo III como principios rectores «de la política»), son verdaderos derechos con fuerza vinculante (en cuanto posiciones jurídicas amparadas por normas con los rasgos propios de los principios)<sup>435</sup> para los poderes públicos (no sólo para el poder político: parlamento o gobierno como podría pensarse del mentado rótulo) como revela que su «reconocimiento» (por ejemplo, mediante su consagración legal), «respeto» (por ejemplo, mediante abstenciones del propio Estado) y «protección» (por ejemplo, a través de prestaciones administrativas y la tutela judicial) deban informar «*la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos*» (art. 53.3 CE).

Ciertamente existe un evidente contenido prestacional del Derecho a la vivienda, relativo a las posibilidades de acceso (accesibilidad) a un bien jurídico que debe tener determinadas condiciones materiales —vivienda digna y adecuada— (adecuación), así como al disfrute de dicho bien jurídico, cuando se ha accedido al mismo, con cierto grado de estabilidad en el título que ampara su posesión (seguridad en la tenencia). Las prestaciones referidas no son necesariamente prestaciones directas de los poderes públicos (sector público de vivienda), pudiendo procurarse dicho acceso y disfrute mediante la ordenación del mercado y de las relaciones jurídico-privadas (mercado de la vivienda)<sup>436</sup>.

---

<sup>435</sup> *Vid. supra*, primera parte, capítulo segundo, § 3.3.4, nota 224.

<sup>436</sup> Según BASSOLS COMA «Ante la dificultad que plantea la satisfacción de las necesidades de vivienda en una sociedad ampliamente urbanizada como la española, y en congruencia con el orden económico sancionado por la Constitución (arts. 38, 129.2 y 131), el artículo 47 no ha estructurado el derecho a la vivienda como la exigencia frente a los poderes públicos de una prestación in natura de una unidad de vivienda para todos los ciudadanos, lo cual podría comportar una administrativización del uso de gran parte del patrimonio de viviendas existentes y de futura construcción. El objetivo constitucional es responsabilizar a los poderes públicos para “promover las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho”, habilitando genéricamente a dichos poderes para “establecer las normas pertinentes” (de orden legislativo y administrativo)» (Bassols Coma,



Tal dimensión prestacional y programática del Derecho se refleja en la literalidad del art. 47 CE que, a partir de su segunda oración (tras reconocer el «derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada» de «todos los españoles»), establece (en consonancia con el art. 9.2 de la misma Constitución) obligaciones positivas a cargo los poderes públicos, apuntando, como medios para alcanzarlas, la legislación («establecerán las normas pertinentes») y la actividad pública en general —que será, primordialmente implementada por la Administración pública— («promoverán las condiciones»), señalando incluso una concreción para dicha actividad pública (en sus resultados, sin precisar los medios): la «utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación».

Algunos estatutos de autonomía han especificado igualmente ámbitos (e instrumentos) de actuación en que debe concretarse la actuación de los poderes públicos; por ejemplo, el Estatuto de Autonomía para Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía) establece la promoción pública de viviendas como instrumento que concreta, para los poderes públicos andaluces, la obligación programática genérica derivada del derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada (art. 25 EAA); el Estatuto de Autonomía de Cataluña (Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña), de modo más genérico en cuanto a los medios pero más específico en cuanto a sus beneficiarios, establece la obligación de establecer por ley «medidas» que garanticen el acceso a la vivienda digna de quienes no disponen de recursos suficientes para ello (art. 26 EAC).

Esta dimensión prestacional es programática, por una parte, porque su objetivo no puede ser satisfecho de modo inmediato sino sólo de modo progresivo (principio de progresividad) al estar claramente vinculado a los recursos y, por otra parte, porque

---

Martín, «Derecho a la Vivienda: artículo 47», cit., págs. 317 y 318); es decir, en opinión de este autor, el marco constitucional en que pueden actuar los poderes públicos para satisfacer el acceso a la vivienda digna y adecuada está delimitado por el modelo económico descrito por lo que «la efectividad de este derecho estará en función de la existencia de un número y condiciones suficientes del bien vivienda a través del mecanismo de provisión de bienes y servicios que constituye la “economía de mercado” (art. 38) con la participación de la iniciativa económica de los poderes públicos (art. 128.2) y la actuación reguladora genérica de estos poderes públicos (arts. 38 y 131) con las habilitaciones específicas que el propio artículo 47 indica» (*idem*, pág. 316).

los modos de prestación (de gestión de los recursos disponibles) pueden variar según las diferentes opciones políticas (sobre la «política social y económica») y de los distintos enfoques respecto al papel de los poderes públicos y los medios a emplear por éstos para la satisfacción de las necesidades individuales y sociales (confiando en mayor o menor medida en el mercado o en el sector público); opciones ideológicas igualmente legítimas desde un punto de vista constitucional<sup>437</sup> dentro del marco de la economía de mercado<sup>438</sup> que la CE reconoce (arts. 38). En este sentido, debemos considerar el derecho a la vivienda como una posición jurídica subjetiva (de rango fundamental) constituida por exigencias (contenidas en normas constitucionales) de optimización de ciertos resultados en relación con los bienes jurídicos que constituyen su objeto (vivienda digna y adecuada), es decir,

---

<sup>437</sup> En este ámbito, siguiendo a PISARELLO PRADOS, las políticas de vivienda en nuestro país «se han inscrito en una concepción débil del principio del Estado social» por cuanto, «es el mercado, de manera dominante, el que regula y asigna los recursos habitacionales y urbanísticos»; frente a esta opción (que el autor remonta al pasado franquista), afirma que, por el contrario, los países del centro y norte de Europa tras la Segunda Guerra Mundial «se caracterizaron por una fuerte intervención del poder público sobre el mercado con el objeto de dar respuesta a las necesidades sociales». Al primer sistema vincula este autor políticas habitacionales que fomentan la propiedad privada con el objetivo declarado de «crear un “mercado de propietarios de vivienda”» sea mediante incentivos fiscales y facilidades para el crédito (Ley 2/1981, de 25 de marzo de regulación del mercado hipotecario); o mediante programas de vivienda de protección oficial (VPO) dirigida a sectores medios y medios altos, es decir, «vivienda “protegida” pero no necesariamente “social” (a partir del Real Decreto Ley 31/1978, de 31 de octubre); políticas habitacionales que potencian un mercado de alquileres con la desregulación que arranca del RD-Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica y se consolida con la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos e, incluso políticas (aunque en este caso difícilmente calificables de habitacionales) que fomentan la especulación urbanística e inmobiliaria (como la ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen de Suelo y Valoraciones). Al segundo sistema se vincula, en cambio, la promoción del alquiler social «esto es, el alquiler público con precios sensiblemente inferiores a los de mercado» (Pisarello Prados, Gerardo, «El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales», *Revista Catalana de dret públic*, núm. 38, 2009, edición digital). No puede olvidarse que la actual LAU de 1994, en el sentido denunciado por el autor citado, establecía en su preámbulo que «la finalidad última que persigue la reforma es de coadyuvar a potenciar el mercado de arrendamientos urbanos como pieza básica de una política de vivienda orientada por el mandato constitucional consagrado en el art. 47, de reconocimiento del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada».

<sup>438</sup> BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 85; DE LA CUADRA-SALCEDO habla de «economía dirigida de mercado» (De la Cuadra-Salcedo, Tomás, «Comentario Introductorio al Título VI, en AA. VV. (Alzaga Villamil, Oscar, dir.), Comentarios a la Constitución Española de 1978, Tomo X, Cortes Generales-EDERSA, Madrid, 1998 y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO de «economía social de mercado» (ROJO FERNÁNDEZ RÍO, Ángel José, «Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española», *Revista de Derecho Mercantil*, núms. 169-170, 1983, págs. 309 a 344; en este último sentido, afirmando, asimismo, la presencia de un «principio de coactividad económica», IGLESIAS GONZÁLEZ, Felipe, *Administración pública y vivienda*, Ed. Montecorvo, Madrid, 2000.

como un derecho fundamental construido a través de principios. En la medida en que tal optimización dependa de decisiones políticas sobre recursos, colisiona con el principio democrático que exige (al menos cuando se trata de distribuir recursos a través del presupuesto) la intervención del legislador democrático para determinar la voluntad popular respecto a la gestión de tales recursos limitados y su priorización o ponderación con la satisfacción del conjunto de bienes y necesidades que también gozan de rango de derecho fundamental<sup>439</sup>. De ahí que las exigencias derivadas de dicho principio (derecho a la vivienda) en cuanto prestaciones programáticas sólo puedan ser invocadas ante los tribunales ordinarios (o controladas por el Tribunal Constitucional) de acuerdo con lo que dispongan y en la medida que dispongan las normas que los desarrollen (art. 53.3 CE), es decir, una vez dictadas las normas que traduzcan su ponderación en virtud del principio democrático, y sólo con el alcance que establezcan dichas normas<sup>440</sup>. Dicho de otro modo, corresponde al legislador decidir, por ejemplo, si el acceso a la vivienda se desarrolla principalmente a través de viviendas públicas, de ayudas directas al

---

<sup>439</sup> En este sentido, los órganos internacionales han señalado que también esta faceta programática de los derechos humanos económico-sociales es susceptible de incumplimiento cuando al menos los recursos disponibles no son empleados de modo adecuado o, incluso, cuando se producen regresiones en su satisfacción no justificadas por la merma de recursos (Vid. Comentario General núm. 3 del CDESC, sobre la índole de las obligaciones de los Estados Parte —1990— y Comentario General núm. 9 del CDESC, relativa a la aplicación interna del Pacto —1998—). *Vid. supra*, capítulo primero, § 6, en especial nota 147.

<sup>440</sup> La restricción se refiere a los tribunales ordinarios, por lo que queda excluido el Tribunal Constitucional, que podrá decretar, con exclusivo amparo en el art. 47 CE la inconstitucionalidad de una norma legal. La STC 45/1989, de 20 de febrero, aunque afirma que «es improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerada, el mandato de los poderes públicos, y, en especial, del legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta» añade que no puede excluirse «que la relación entre alguno de esos principios y los derechos fundamentales (señaladamente el de igualdad) haga posible su examen de este género (por ejemplo, nuestra STC 155/1987), ni, sobre todo, que el principio rector sea utilizado como criterio para resolver sobre la constitucionalidad de una acción positiva del legislador, cuando ésta se plasma en una norma de notable incidencia sobre la entidad constitucionalmente protegida».

Como indica ALEXY «La fuerza del principio de competencia presupuestaria del legislador no es ilimitada. En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal [Alemania] en su decisión sobre el dinero para la vivienda de quienes reciben asistencia social aumentó, con consecuencias financieras, el círculo de quienes tenían derecho a esta prestación, a fin de eliminar una desigualdad de tratamiento {GverfGE 27, 220 (228 ss.)}» y añade «todos los derechos fundamentales limitan la competencia del legislador, a menudo lo hacen de una forma incómoda para éste y, a veces, afectan también a su competencia presupuestaria cuando se trata de derechos financieramente más gravosos» (Alexy, R., *Teoría*, cit., pág. 495).

adquirente de vivienda, mediante el apoyo o promoción del mercado privado de vivienda o mediante otras fórmulas (determinado, además, la cuantía o alcance económico de la intervención), por lo que no se puede exigir esta faceta prestacional del derecho sino en virtud de la norma (con frecuencia presupuestaria y administrativa) mediante la cual el legislador adopte tal determinación.

Junto a la dimensión nítidamente programática y prestacional mencionada, existen obligaciones derivadas del derecho a la vivienda que no son directamente dependientes de los recursos del Estado (de la ley presupuestaria, podría decirse)<sup>441</sup> y aun tampoco de las opciones políticas e ideológicas adoptadas según el principio democrático y que, por consiguiente, pueden ser objeto de exigencia inmediata<sup>442</sup>. En este sentido, pueden considerarse las obligaciones negativas que exigen una abstención por parte del Estado de aquellas actividades (legislativas, administrativas o judiciales) que restrinjan desproporcionadamente (respecto de otros derechos que pretenden satisfacerse con la restricción) los derechos

---

<sup>441</sup> Al menos tan independientes como lo son los derechos civiles y políticos como el derecho al sufragio que requiere del Estado la regulación de mecanismos electorales en el marco de los cuales el ejercicio del Derecho sea posible.

<sup>442</sup> Afirma ALEXY que «en muchos de los llamados derechos fundamentales sociales, que pueden ser considerados como típicos derechos a prestaciones, se trata de un haz de posiciones que apuntan, en parte a prestaciones fácticas y, en parte, a prestaciones normativas [...] Así, quien propone el establecimiento de un derecho fundamental ambiental o su adscripción interpretativa a las disposiciones iusfundamentales existentes puede, por ejemplo, incluir en este haz un derecho a que el Estado omita determinadas intervenciones en el medio ambiente (derecho de defensa), un derecho a que el Estado proteja al titular del derecho fundamental frente a intervenciones de terceros que dañan al medio ambiente (derecho a protección), un derecho a que el Estado permita participar al titular del derecho en procedimientos relevantes para el medio ambiente (derecho al procedimiento) y un derecho a que el propio Estado realice medidas fácticas tendentes a mejorar el ambiente (derecho a una prestación fáctica). además en las prestaciones propuestas o sostenidas puede tratarse de derechos *prima facie* o de derechos definitivos. Análogamente, vale lo mismo para otros derechos analizados bajo la rúbrica “derechos fundamentales sociales”» (págs. 428 y 429). Según FERRAJOLI «los derechos fundamentales, son habitualmente situaciones moleculares complejas. Los derechos sociales, en particular, consisten principalmente en expectativas positivas de prestación. Pero incluyen también expectativas negativas de no lesión» (Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Vol. 2. Teoría de la democracia*, Trotta, Madrid, 2011, pág. 384) y considera que «Es claro que las expectativas negativas» incluidas en estos derechos no plantean particulares problemas de garantía, primaria ni secundaria. Sus garantías primarias son garantías negativas que consisten en prohibiciones, cuyas violaciones integran actos inválidos o ilícitos, sancionables o reparables mediante las garantías secundarias o jurisdiccionales, al igual que las de los derechos de libertad» (*ibidem*, pág 385).

constitucionales económico-sociales consagrados en el Capítulo III CE<sup>443</sup> o que permitan su vulneración por terceros<sup>444</sup> en tales términos.

No puede el legislador del Estado Social y Democrático de Derecho decidir legítimamente, por ejemplo, que un lanzamiento a cargo de la Administración o de los tribunales pueda aniquilar el derecho a la vivienda que supone dejar a una persona sin hogar (con independencia de que en tal situación se verán también en peligro derechos como la vida privada, la integridad física y moral, la seguridad, etc., que son también objeto —y en mayor grado— de protección constitucional) sin adoptar, simultáneamente, medidas al alcance del Estado que aseguren la protección debida a los ocupantes desalojados. La decisión legislativa contraria a estas exigencias sería impugnabile por medio del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad. La «legislación positiva» debe ser «informada» por los derechos constitucionales amparados por principios como exigencia del art. 53.3 CE y tal exigencia debe ser controlable por el TC tanto si requiere decisiones sobre recursos (en cuyo caso el margen de apreciación por el legislador será mayor por

---

<sup>443</sup> Se destaca de este modo el carácter relativo de la distinción (basada en la función del Estado respecto al objeto del derecho) entre derechos de abstención y derechos de prestación. Las libertades públicas, buscando el respeto a una esfera intangible a los poderes públicos, requieren de modo inmediato, la abstención, pero también (y aquí adquieren una cierta dimensión programática) determinadas prestaciones (servicios públicos como la policía o la justicia) para garantizar la abstención de terceros; los derechos a gozar de ciertos bienes materiales pueden satisfacerse mediante prestaciones del sector público u obtenerse del sector privado lo que requiere una actividad normativa reguladora del mercado así como los servicios públicos necesarios para dar cumplimiento a dicha disciplina, pero, una vez adquiridos, requieren igualmente de la abstención de los poderes públicos y el compromiso de éstos respecto de la abstención por parte de terceros.

<sup>444</sup> BASSOLS COMA destaca la «evidente y notoria resistencia en los textos constitucionales contemporáneos a reconocer un derecho a la vivienda, como un derecho subjetivo exigible frente a los poderes públicos y accionable ante los tribunales» y la consiguiente consagración como derechos (sociales) «no directamente vinculantes» o «principios informadores de la política social y económica que informan una actuación promocional de los poderes públicos»; un reconocimiento más directo recibe en los países del área soviética (Constituciones de la URSS, RDA, Bulgaria, Polonia y Yugoslavia), reconocimiento que se ha mantenido pese al desmoronamiento del sistema comunista a partir de 1990 (Constitución de la Federación de Rusia de 1993 y de Bielorrusia de 1994); en el ámbito de la Europa no comunista se produjo un cambio de tendencia a partir de 1975, evidente en la Constitución portuguesa de 1976 (reformada en 1989) cuyo artículo 65 reconoce que «todos tendrán derecho para sí o para su familia, a una vivienda de dimensiones adecuadas en condiciones de higiene y comodidad y que preserve la intimidad personal y familiar», contexto en el que se inscribe nuestra Constitución; posteriormente el texto refundido de la Constitución de Bélgica (1994) reconoce en su art. 23 el «derecho a una vivienda decorosa» (vid. Bassols Coma, Martín, «Derecho a la Vivienda: artículo 47», cit., pags. 310 y 311).

el carácter prestacional y programático mencionado) como si no los exigen o lo hace en menor medida (reduciéndose en tal caso el margen de decisión).

Que el art. 53.3 CE señale que los derechos amparados por principios sólo podrán ser alegados «directamente» ante los tribunales ordinarios «de acuerdo con lo que establezcan las normas que los desarrollen», no excluye que los tribunales estén sometidos, simultáneamente, a la exigencia que le impone también dicho artículo de informar su «práctica judicial» conforme a tales derechos (tal como aparecen consagrados constitucionalmente). La práctica judicial incluye la interpretación de las normas existentes y, con base en estas, la determinación, por ejemplo, de los medios adecuados para el lanzamiento (concreción de medidas ejecutivas oportunas). Si bien los ciudadanos no podrán fundar una pretensión prestacional ante los poderes públicos (por ejemplo, reclamando de ellos el acceso a una vivienda adecuada) sin una ley que concrete el alcance de dicha prestación, sí podrán pretender que los tribunales (y la administración) realicen una interpretación de la ley existente (por ejemplo, la ley procesal reguladora del lanzamiento o de la cooperación entre los tribunales y las Administraciones públicas) *informada* por tales derechos fundamentales consagrados el capítulo III CE y la adopción de las consecuencias de dicha interpretación, adoptando el tribunal —dentro del marco que le permite la ley, que, a estos efectos, puede considerarse «la ley que los desarrolle» a que alude el art. 53.3 CE—, por ejemplo, los medios apropiados para que el lanzamiento no anule el derecho a la vivienda (lanzamiento que deja personas sin hogar) o no lo minore contra las exigencias del principio de proporcionalidad: adoptando medios contrarios a las exigencia de adecuación (inefectividad de las medidas restrictivas), necesidad (existencia de medidas alternativas menos gravosas) o proporcionalidad (equilibrio —dentro de parámetros de racionalidad— entre los logros alcanzados por las medidas adoptadas y la restricción sufrida por el derecho).

La interpretación favorable a los derechos amparados por principios es aquella que optimiza la satisfacción del derecho teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso (incluidos los recursos disponibles al alcance del tribunal) y, entre

ellas, la optimización también necesaria de otros derechos fundamentales afectados por la aplicación requerida (ponderación conforme al principio de proporcionalidad)<sup>445</sup>.

La faceta no exclusivamente programática del derecho fundamental avalado por principios resulta no sólo de la declaración tajante como tal derecho realizada por nuestra Constitución («*Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada*»)<sup>446</sup> sino también de la forma expresa con que la primera oración del art. 53.3 CE constriñe al cumplimiento del mismo: «*El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos*». Según la STC 19/1982, de 5 de mayo, los principios rectores no pueden ser considerados «normas sin contenido» lo que «obliga a tenerlos presente en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes». Por tanto, una conducta concreta de un poder público puede vulnerar la Constitución si no interpreta las normas aplicables al caso del modo exigido por los derechos fundamentales relativos a la vivienda.

En consecuencia, tomando como punto de partida la afirmación de que los derechos sociales, en cuanto principios, son normas jurídicas vinculantes que imponen a los poderes públicos mandatos de optimización de ciertos resultados según las circunstancias concurrentes en cada caso, puede sostenerse que los resultados (o satisfacción de los derechos) que puedan lograrse (optimizarse) por medio de la

---

<sup>445</sup> En este sentido, HERRANZ CASTILLO atribuye al derecho reconocido en el art. 47 el valor de norma de defensa que podría entrar en juego en aquellos procesos que pudieran culminar con su privación (como es el caso de la ejecución hipotecaria) (Herranz Castillo, R., «Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución», *Diario La Ley*, núm. 5823, año XXIV, de 14 de julio de 2003, edición digital).

<sup>446</sup> Durante los debates parlamentarios para la elaboración del texto constitucional, el senador PÉREZ MAURA DE HERRERA (UCD) destacó el carácter inusitado de esta forma de reconocimiento afirmando que con ello se daba al derecho «una forma absoluta» frente al resto de Constituciones, aun del ámbito socialista: «En las constituciones que he revisado (y he revisado muchas) no se establece nunca de esta forma absoluta, ni en los Estados del Este, ni en los del Oeste. En las más recientes constituciones, como es la de Cuba, se dice que el Estado socialista trabaja por lograr que no haya una familia que no tenga una vivienda confortable» (*Constitución Española, Trabajos parlamentarios*, t. III, pág. 3504; citado por Bassols Coma, op. cit., nota 5).

actividad interpretativa y aplicativa por el tribunal de las normas existentes sin necesidad de nuevas decisiones legislativas ni la provisión de nuevos recursos (a través de normas presupuestarias) sí son exigibles de modo inmediato a dicho tribunal e invocables por las partes ante el mismo. De este modo, el lanzamiento de quien, a consecuencia del mismo, ha de quedar sin vivienda (y, sin perjuicio de que por ello, además, quede desprotegido frente a su entorno con riesgo para la integridad física, la intimidad, la seguridad... con vulneración de otros derechos fundamentales) debe ser afrontado por el tribunal, a riesgo de inconstitucionalidad de la medida, recabando todos los recursos a disposición de la Administración, sujeta, a estos efectos, a la potestad jurisdiccional del tribunal (art. 118 CE).

No puede considerarse un obstáculo a la aplicación inmediata del derecho a la vivienda por los tribunales (con el alcance que venimos delimitando) el hecho de que la última oración del art. 53.3 CE haya establecido que tales derechos (los derechos reconocidos en el Capítulo III CE) «sólo podrán ser alegados ante los tribunales ordinarios *de acuerdo con lo que establezcan las leyes que los desarrollen*»<sup>447</sup>. Las leyes que la Constitución exige para poder invocar ante los tribunales ordinarios los derechos fundamentales de carácter económico-social («las

---

<sup>447</sup> Señala PRIETO SANCHÍS que de la redacción del art. 53 «en modo alguno puede suponerse que los artículos 39 y ss. de la Constitución no sean alegables ante los Tribunales ordinarios, pues si el reconocimiento, respeto y protección de tales principios debe informar “la práctica judicial”, es evidente que no sólo son alegables, sino que deberán ser aplicados por los tribunales» (Prieto Sanchís, L., «Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales», en AA. VV. (Alzaga Villamil, Oscar, ed.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, tomo IV, Madrid, 1984. Tampoco puede negarse el carácter vinculante de los derechos reconocidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución de una interpretación a contrario de la afirmación contenida en el art. 53.1 CE según la cual «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos»; como dice BERNAL PULIDO «cabe preguntarse, sin embargo, si lo dispuesto por el art. 53.1 CE implica también la vigencia de una excepción al principio de constitucionalidad —a la supremacía de la Constitución— [...] no se trata de la extensión de la garantía procesal del amparo, sino de precisar si la supremacía de la Constitución se predica de todos los enunciados de la Constitución o, en la parte dogmática, sólo de las disposiciones del Capítulo II del Título I», concluyendo que «es claro que el principio de supremacía de la Constitución es un atributo de cada uno de sus enunciados. Como consecuencia, debe reconocerse, en primer lugar [...] que el artículo 53.1 CE cumple una función reiterativa del principio de constitucionalidad en relación con los derechos tipificados por los enunciados del Capítulo II del Título I, pero no excluye que otras disposiciones constitucionales —las disposiciones “satélite”, si se quiere emplear la locución germana— protejan iusfundamentalmente otros ámbitos de libertad y los hagan vinculantes para el Legislador» (Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, págs. 656 y 657).



leyes que los desarrollen») no tienen por qué ser normas *ad hoc*, destinadas específica y exclusivamente a aplicar o dar eficacia estos derechos (normas dedicadas monográficamente al derecho a la vivienda o al acceso a la vivienda), sino que comprenden también las normas reguladoras de las potestades en cuyo ejercicio se puede afectar al derecho social en cuestión (por ejemplo, las normas procesales relativas al desalojo de inmuebles contenidas en los arts. 703 y 704 LEC y otras normas reguladoras del lanzamiento de las que nos ocuparemos posteriormente)<sup>448</sup>. La interpretación y aplicación de estas últimas normas también estaría constreñida por la exigencia hermenéutica de interpretar las leyes, mediante la «práctica judicial», teniendo en cuenta todos los derechos constitucionales en juego, incluidos los que se regulan en los arts. 39 a 52 (art. 53 CE). Tal idea se reitera en el art. 5.1 de la LOPJ al afirmar que «la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

Recordemos<sup>449</sup> que es en este ámbito, el de la dimensión inmediatamente vinculante (no directamente programática ni prestacional) del derecho a la vivienda, donde se sitúa la prohibición de desalojos forzosos como forma de vulneración de los derechos humanos vinculados a la vivienda alumbrada por el Derecho internacional de los derechos humanos. En el ordenamiento interno, atendidos los términos del art. 53.3. CE, las leyes ordinarias (incluidas las procesales reguladoras del lanzamiento) deberán interpretarse por los tribunales del modo más favorable al reconocimiento, respeto y protección de los derechos relativos a la vivienda, delimitando la actuación del órgano ejecutor e impidiendo que se incurra los «desalojos forzosos», prohibidos por el Derecho internacional de los derechos humanos.

---

<sup>448</sup> En este sentido, PISARELLO PRADOS, afirma en que «de hecho, los tribunales ordinarios ya tutelan, de facto, aspectos del derecho a la vivienda, comenzando por aquellos que pueden conectarse a otros derechos fundamentales»; y sostiene que no siendo posible «reclamar judicialmente una vivienda gratuita de manera incondicional, no quiere decir que no existan elementos del derecho que puedan alegarse ante un tribunal» (Pisarello Prados, Gerardo, «El derecho a la vivienda como derecho social...», 2009, cit., en texto y nota 27).

<sup>449</sup> Vid. *supra*. cap. segundo, § 6, *passim*.

A exigencia interpretativa derivada de los principios constitucionales (en cuanto forma de protección de posiciones jurídicas de derecho fundamental) no pueden sustraerse, tal como hemos apuntado, las normas de Derecho procesal, ni, en particular, las reguladoras del proceso de ejecución<sup>450</sup>. Es decir, las propias normas que habilitan una intervención de los poderes públicos sobre la vivienda (normas que deben existir en todo caso merced al principio de legalidad de la actuación administrativa y jurisdiccional) son las que deben ser interpretadas conforme al art. 47 CE, de modo que el derecho a la vivienda será criterio interpretativo de las normas procesales reguladoras del lanzamiento.

*1.3. La vivienda como objeto indirecto de derechos fundamentales civiles y políticos: contenido esencial y amparo.*

Debe admitirse que el derecho a la vivienda, reconocido de modo directo y expreso en el art. 47 CE, es un derecho instrumental de otros derechos. Al ser el derecho a satisfacer (a través de un objeto, normalmente inmueble) una necesidad básica, la necesidad de abrigo o protección frente al mundo exterior, que proporciona un bien muy determinado (vivienda) se convierte en instrumento de satisfacción de otras necesidades vitales a las que sirve el mismo bien (vida, integridad física, intimidad, seguridad...) y, por consiguiente, con los derechos que las amparan. A esta conclusión contribuye (merced a la remisión a las normas internacionales sobre Derechos Humanos que contienen los arts. 10.2 y 106 CE) la jurisprudencia del TEDH en esta materia (que ha invocado el art. 8 del CEDH —derecho a la vida

---

<sup>450</sup> Para FIX ZAMUDIO «el desarrollo del Derecho sustancial ha influido en el en el instrumento adecuado para hacerlo efectivo, es decir, en el Derecho procesal de manera que la socialización del Derecho y el Derecho social han penetrado en la estructura del proceso jurisdiccional de los pueblos de Occidente [...] de modo que puede hablarse de la idea social del proceso y del proceso social» (*idem*, pág. 392). Este autor destaca, con pleno acierto a nuestro parecer, el papel central de la labor de interpretación y aplicación que corresponde al órgano jurisdiccional pues «con independencia de la elevadísima función del control de la constitucionalidad, se ha llegado a comprender últimamente que las labores ordinarias del juez, en su diaria tarea de aplicación de las Leyes ordinarias, realiza una función integradora y creadora del Derecho, moldeando y adaptando las normas abstractas del ordenamiento jurídico a las palpitantes exigencias de la vida. Digámoslo con el ilustre Carnelutti: “El juez es la figura central del Derecho. Un ordenamiento jurídico se puede pensar sin leyes, pero no sin jueces” {Carnelutti, Francesco, “Diritto consuetudinario e diritto legale”, en *Rivista di diritto processuale*, año, XVIII, núm. 4, Padova, oct.-dic. de 1963, pág. 520}» (Fix Zamudio, *op. cit.*, pág. 393).

privada y familiar— como fundamento de la protección a la vivienda) así como los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos seguidos por los órganos del Sistema de Naciones Unidas a cuyo cargo se encuentra la vigilancia y aplicación de los derechos humanos. Entre los derechos fundamentales vinculados a la vivienda se cuentan<sup>451</sup>:

1.º El derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE) obviamente amenazadas o menoscabadas por la vida a la intemperie que supone la carencia de vivienda, aun cuando sea por un corto periodo de tiempo, máxime tratándose de ciertas categorías de personas cuyo estado vital los hace más vulnerables (menores, ancianos, enfermos, mujeres embarazadas o maltratadas, etc.) o en presencia de determinadas circunstancias (mal tiempo atmosférico, horas nocturnas, etc.). Vinculado a este derecho, el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE).

2.º El derecho a la seguridad (art. 17 CE) menoscabado por los riesgos inherentes a la falta de protección frente al entorno que supone la carencia de vivienda adecuada.

3.º El derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE), que no puede desarrollarse sin el aislamiento frente al entorno natural y social que proporciona la vivienda. Vinculado a éste, el derecho a la protección de la familia (art. 39.1 CE).

4.º El derecho a una protección específica (protección en la que debe incluirse la garantía de una vivienda) que se atribuye ciertos colectivos y los individuos que los integran: infancia (art. 39.4 CE); personas con discapacidad (art. 49 CE); personas de la «tercera edad» (art. 50 CE).

5.º El derecho a la protección específica, en forma de asistencia y prestaciones a toda persona en situaciones de necesidad (art. 41 CE).

---

<sup>451</sup> Vid. Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales n.º 3 (1990) y n.º 9 (1998). La lista no es exhaustiva, por ejemplo, derechos como el derecho de sufragio activo (art. 16 CE) o a la educación (art. 27 CE) también pueden vincularse con la vivienda: es necesario estar censado en algún lugar para poder votar, la asistencia a los centros de enseñanza dependen del lugar de residencia. *Vid. supra*, cap. 1, § 6, págs. 571 a 575.

Por tanto, todos los derechos mencionados, cada uno de ellos consagrado con independencia de los demás, pueden verse afectados como consecuencia de la vulneración del derecho a la vivienda. Esto significa que los mecanismos específicos dispuestos para la protección constitucional de cada uno de los citados derechos (interpretación de las normas reguladoras conforme al principio de proporcionalidad, respeto al contenido esencial de cada derecho, recurso de amparo, cuestión de inconstitucionalidad) pueden invocarse cada vez que la vivienda resulta afectada por una actuación de los poderes públicos (significativamente, el lanzamiento como fase procesal)<sup>452</sup>.

La precisión tiene relevancia en cuanto algunos de los derechos mencionados gozan de protección cualificada. En primer lugar, los derechos del capítulo segundo del título primero tienen un núcleo incuestionable calificado como su contenido esencial. La fórmula del contenido esencial configura una regla prohibitiva absoluta que protege una posición jurídica con más intensidad que la relatividad propia de

---

<sup>452</sup> La interdependencia entre los derechos fundamentales es más profunda de lo que se suele reconocer. En palabras de FERRAJOLI «un corolario del derecho a la vida es el derecho a la supervivencia, al que de distintos modos pueden reconducirse gran parte de los derechos sociales [...]» sosteniendo que su fundamento «es, precisamente, el mismo de la prohibición de matar y de la exclusión de la pena de muerte» debido a que «en las sociedades actuales, caracterizadas por un alto grado de interdependencia y desarrollo tecnológico, no sólo vivir, sino también sobrevivir requiere garantías jurídicas [...] la supervivencia, no menos que la defensa de la vida de agresiones indebidas, es cada vez menos un fenómeno exclusivamente natural y cada vez más un fenómeno artificial y social» (Ferrajoli, *Luigi, Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia. Vol. 2. Teoría de la democracia*, Trotta, Madrid, 2011, pág. 379). Este autor distingue ambos derechos (a la vida; a la supervivencia —como expresión sintética de los derechos sociales—) por la prestación estatal necesaria para satisfacerlos calificando al primero de derecho individual negativo, que requiere garantías de no-lesión y los segundos de derechos individuales positivos, que requieren prestaciones: es la diferencia entre «privar de la vida de forma voluntaria, como sucede con la pena de muerte y con el homicidio» y «no garantizar la supervivencia» (*ibidem*, pág. 380). No obstante, no siempre es así: los derechos sociales también pueden verse afectados por acciones positivas de los poderes públicos y de particulares y, en tal sentido, reclaman abstención (como los derechos negativos). Desde esta perspectiva podría decirse que cuando se afirma que la satisfacción de los derechos sociales reclama también la abstención de los poderes públicos (y de particulares) es porque hemos salido del ámbito de los derechos sociales: si el Estado y los particulares deben abstenerse de «privar de vivienda a un sujeto» en ciertas circunstancias existenciales o ambientales es porque deben respetar su derecho a la vida o su derecho a la intimidad. Sin embargo, también cabe pensar en formas de privación del derecho a la vivienda que no afecten a «derechos individuales negativos»: cuando la medida de privación, sin lesionar de modo directo la vida o la intimidad, es, sin embargo, contraria al principio de proporcionalidad; En este sentido, Ferrajoli afirma que «los derechos fundamentales, son habitualmente situaciones moleculares complejas. Los derechos sociales, en particular, consisten principalmente en expectativas positivas de prestación. Pero incluyen también expectativas negativas de no lesión» (*ibidem*, pág. 384).

los principios<sup>453</sup>. Cuando el desalojo afecta al contenido esencial de un derecho fundamental se vulnera la constitución cualesquiera que sean las circunstancias concurrentes. En segundo lugar, los derechos de la sección primera del capítulo segundo del título primero (la vida e integridad física —art. 15 CE—, la seguridad —art. 17 CE—, la intimidad —art. 18 CE—) permiten acceder al recurso de amparo (art. 53.2 CE) permitiendo al Tribunal Constitucional pronunciarse sobre la aplicación por el tribunal de instancia que vulnere este contenido mediante una interpretación excesivamente rigurosa de las normas reguladoras del lanzamiento.

#### *1.4. Equilibrio constitucional entre derechos fundamentales: ponderación y proporcionalidad.*

La variedad y complejidad de los derechos reconocidos constitucionalmente exige necesariamente una labor interpretativa, sin que puedan existir derechos absolutos ni pueda otorgarse una prioridad absoluta a los derechos de una categoría sobre los de otra<sup>454</sup>. El punto de equilibrio entre los distintos derechos reconocidos por la Constitución encuentra una formulación de síntesis en la norma que contiene el art. 10.1 CE. Este artículo indica, por una parte, la necesidad de equilibrio entre los diferentes derechos reconocidos a los distintos sujetos (el «respeto a [...] los

---

<sup>453</sup> Aunque la distinción entre reglas (como la prohibición asociada al contenido esencial) y principios es más compleja de lo que pudiera parecer. La ponderación entre dos derechos fundamentales consagrados ambos por medio de reglas y dotados, pues, de su contenido esencial, exige considerar ambos derechos desde el punto de vista de los principios que simultáneamente los amparan (*vid. supra* primera parte, capítulo segundo, § 3.3.4, págs. 205 y sigs.): por ejemplo, el derecho a la vida puede verse anulado en situaciones de legítima defensa (ante el propio derecho a la vida del agredido).

<sup>454</sup> Entre otras cosas porque el bien jurídico amparado por los diferentes derechos no puede entenderse de modo aislado: la limitación de unos derechos es indispensable para la satisfacción mínima de otros. En este sentido, GARCÍA MACHO señala que «los derechos fundamentales clásicos pueden desvirtuarse y perder su sentido si no se garantiza al individuo unas condiciones previas que hagan posible el ejercicio de estos derechos» (García Macho, Ricardo, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el Derecho a una vivienda digna*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982, pág. 15); por lo que la función de los derechos sociales «es, en último término, crear las condiciones previas para el desarrollo libre de la personalidad, pues no es suficiente la garantía de una libertad y estatalidad de derecho jurídico-formal, tal y como se concebía en la idea constitucional liberal [...] Hoy se reconoce como tarea del Estado garantizar las condiciones económicas y culturales de la libertad individual (BADURA). El principio material de libertad, para alcanzar significación material necesita complementarse con la idea de igualdad (VAN DER VEN) pero no con una igualdad puramente formal sino que permita el acceso a una libertad real» (*idem*, págs. 81 y 82).

derechos de los demás») y, por otra, señala cuál es la piedra de toque del equilibrio a que aspira la Constitución, situando en su centro a la persona («la dignidad de la persona», «el libre desarrollo de la personalidad») y los derechos que como tal le corresponden («los derechos inviolables que le son inherentes»)<sup>455</sup>. La búsqueda de un adecuado equilibrio entre los diferentes derechos aboca a una tarea de ponderación no sólo mediante la labor legislativa (controlable mediante el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad) sino también en la tarea judicial de interpretación y aplicación de las normas que los reconocen. Para dicha tarea de ponderación (legal o jurisprudencial) es instrumento imprescindible el principio de proporcionalidad del que ya nos hemos ocupado en la primera parte<sup>456</sup>.

---

<sup>455</sup> En este sentido, y tratando de la inembargabilidad en sede de ejecución forzosa, DÍAZ MARTÍNEZ afirma que «no son siempre de la misma naturaleza las razones que conducen al legislador a establecer un supuesto de inembargabilidad que contravenga la regla de que, en principio, todos los bienes y derechos de contenido patrimonial que sean alienables pueden ser objeto de embargo y posterior ejecución, si bien entre esas justificaciones tiene un papel especialmente relevante la de impedir que la ejecución forzosa destruya por completo la vida económica del ejecutado y ponga en peligro su subsistencia personal y la de su familia, fin para el cual establece normas de inembargabilidad de salarios y pensiones, que son, en muchas ocasiones, la única fuente de ingresos económicos para un gran número de ciudadanos, [...] En esta misma línea, el principio de respeto a la dignidad humana, constitucionalmente protegido, el que orienta la política legislativa que deja al margen de la acción ejecutiva de los acreedores determinados bienes, distintos de los salarios, jornales o pensiones, pero igualmente imprescindibles para el ejecutado en la realización de sus fines personales y la protección de su familia, el mantenimiento de la salud y el uso de una vivienda digna» (Díaz Martínez, Ana, *La Ejecución Forzosa sobre Inmuebles en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (Aspectos civiles y registrales), Aranzadi, Cizur Menor, 2001, págs. 42 y 43). Añade esta autora que «el juicio sobre la constitucionalidad de los concretos supuestos de inembargabilidad que la Ley determine estará en relación directa con la proporcionalidad de los sacrificios que tales normas establezcan en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a la ejecución de sentencias firmes» (pág. 44); siendo la finalidad que persiguen los preceptos sobre inembargabilidad la «protección de un derecho fundamental o un interés público prevalente sobre el derecho del acreedor a la ejecución de la sentencia estimatoria de su pretensión [...]» (pág. 50), pero matiza la anterior conclusión al afirmar que «debido al carácter excepcional de esta norma procesal, contraria al principio de la responsabilidad patrimonial universal del deudor del art. 1911 CC, la misma nunca ha de ser objeto de interpretación extensiva, debiendo aplicarse en sus estrictos términos, de forma tal que, cumpliéndose los objetivos básicos para los que se dictó, antes mencionados, no se amplíe innecesariamente el elenco de bienes excluidos del embargo, como de ordinario pretenden ante los tribunales de justicia, con los más diversos recursos, los ejecutados que ven trabadas algunas de sus pertenencias» (pág. 50). En nuestra opinión, la interpretación de los supuestos de inembargabilidad puede ser extensiva si con ello se trata de garantizar la proporcionalidad en la ponderación de un derecho fundamental, idea que la autora parece compartir pues su invocación de una interpretación restrictiva tiene como punto de partida que la norma haya cumplido los «objetivos básicos» para los que se dictó.

<sup>456</sup> *Vid. supra*, primera parte, capítulo segundo, § 3.3.4

La búsqueda de máxima eficacia de las sentencias es una exigencia derivada del respeto (como fundamento «del orden político y de la paz social») a las leyes y derechos que la sentencia ampara, así como del respeto al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que exige que la ejecución se desarrolle en sus propios términos y en tiempo razonable. Pero, al mismo tiempo, entre los fundamentos «del orden político y de la paz social» se cuentan el respeto a la dignidad humana<sup>457</sup> y a los derechos inviolables que la expresan (entre ellos, los derechos relativos a la vivienda) cuyo amparo por el art. 10.1 LEC es también indiscutible. No es de extrañar que este artículo se halle en el centro del razonamiento que conduce al principio de proporcionalidad<sup>458</sup>. La búsqueda de un adecuado equilibrio o

---

<sup>457</sup> Como expresa RIVERO SÁNCHEZ, «El reconocimiento por parte del Estado y de la comunidad internacional de la dignidad del hombre se manifiesta históricamente en la elaboración de las diversas tipologías de derechos humanos, las cuales se han incorporado al cuerpo normativo de constituciones de varios países, o han sido adoptadas en tratados y declaraciones internacionales. Este reconocimiento implica, desde una perspectiva estrictamente procesal, el deber de reglamentar el proceso de forma tal que la dignidad humana no resulte menoscabada» (Rivero Sánchez, Marcos, «Proceso, democracia y humanización», 1997, cit.)

<sup>458</sup> Con toda rotundidad, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS señala que «existe una limitación constitucional a la actividad del juez ejecutor (que incluso alcanza a la propia actividad legislativa en materia de ejecución) derivada del art. 10.1 CE y completada por los artículos 39, 41, 43 y 47 CE y que impone una cierta proporcionalidad en las actuaciones ejecutivas y una ponderación simultánea del conjunto de los derechos de que el ejecutante y ejecutado son titulares» (Fernández-Ballesteros López, Miguel Ángel, *Derecho Procesal Civil*, cit., 1995, pág. 30). Desde una perspectiva más amplia, JACK JACOB («General Report», en AA. VV., *Trends in the Enforcement of Non-money Judgements and Orders*, 1988, cit., págs. 3 a 67) indica que la búsqueda de una adecuada armonía entre derechos es uno de los retos a los que se enfrenta el estudio del proceso de en todos los sistemas legales ya que «se trata de dos caras de la misma moneda que deben ser contempladas conjuntamente para poder acercar los mecanismos de la ejecución forzosa de las resoluciones judiciales relativas a prestaciones no dinerarias al objetivo de la justicia» (Ídem, pág. 7). Este autor vincula la exigencia de ponderación con el principio de humanidad o de socialización al afirmar que «la efectividad en la ejecución forzosa de sentencias y demás resoluciones judiciales no significa rigor o severidad, es decir, medidas coercitivas draconianas orientadas a doblegar la voluntad de la parte incumplidora o desobediente. Como dijo Lord Justice Bowen (“Copper v. Smith (1883) 26 Ch. D. 700 at p. 710”): “Courts do not exist for the sake of discipline” [los tribunales no existen en razón (de las exigencias) de la disciplina]. Muchos sistemas legales reconocen ya que en el proceso de ejecución la efectividad debe ser atemperada por consideraciones sociales y humanitarias y por lo que sea personalmente posible atendidas las circunstancias del caso. El estadio de ejecución todavía forma parte del sistema de justicia civil y en este estadio también debería ponerse énfasis en la justicia que está siendo impartida» (pág. 65); en respaldo de su tesis cita a JEREMY BENTHAM quien afirmaba: «in English practice, whenever you see or hear the word strictness, expect to see injustice: you will seldom be disappointed» [En la práctica (judicial) inglesa, cuando lea u oiga la palabra rigor (dureza, severidad), espere una injusticia: rara vez quedará decepcionado] (“Principles of Judicial Procedure”, *Works of Jeremy Bentham*, e. a. John Bowring, Vol. II, p. 20)» por lo que concluye que «el criterio de la efectividad puede que no sea el más correcto o el único y que desde un punto de vista social y quizá, moral o jurídico tengan que tenerse en cuenta otros criterios e incorporarlos, si fuera necesario, para hacer que los sistemas legales sean conformes

ponderación entre el derecho a la tutela (y aquellos otros derechos fundamentales que ésta ampara; por ejemplo, la propiedad privada<sup>459</sup>), que requiere la entrega forzosa mediante el lanzamiento del ocupante, y el derecho a la vivienda de dicho ocupante (que ampara, a su vez, otros derechos fundamentales como la vida, la salud, la intimidad...), exigen realizar el lanzamiento seleccionando los medios de ejecución previa una adecuada y rigurosa ponderación conforme al principio de proporcionalidad y realizando una interpretación de las normas reguladoras del lanzamiento (y concordantes) favorable al máximo grado de proporcionalidad posible.

Como señalábamos en un capítulo anterior<sup>460</sup>, la ponderación a la que venimos haciendo referencia ha sido en ocasiones realizada directamente por el propio legislador procesal que ha consagrando explícitamente («codificando») el resultado de tal ponderación en algunas de las normas reguladoras de la ejecución<sup>461</sup>. A esta categoría de normas corresponde la que otorga el plazo de un mes—prorrogable por un segundo en atención a las circunstancias particulares del ocupante— para el desalojo de la vivienda (art. 704.1 LEC). Aun en estos supuestos, se impone un cierto grado de ponderación judicial, pues siempre será necesaria la interpretación del significado y alcance de los términos genéricos con que el legislador consagró su ponderación apriorística así como trasladar dicha interpretación al caso concreto; por ejemplo, será preciso determinar si goza del derecho a un plazo quien vive en una caravana o en un barco (vivienda pero no inmueble) o valorar si las circunstancias concurrentes en un caso concreto constituyen el «motivo fundado» que la ley exige otorgar la prórroga solicitada y aun determinar el alcance del concepto jurídico en cuestión.

---

con los dictados de la justicia» (*ídem*, pág. 67) [la traducción es nuestra]. La máxima *summum ius, summa iniuria* (citada ya como clásica por Cicerón —De off. 1,33— fue interpretada, sobre todo desde la época medieval como una llamada a la ponderación (vid. Pereira-Menaut, Gerardo, *Topica. Principios de Derecho y Máximas Jurídicas Latinas*, Rasche, Alcobendas (Madrid), 2010, § 986, págs. 331 a 333 —citado por el anterior, cfr. Tosi, R., *Dizionario delle sentenze latine e greche*, 9.<sup>a</sup> ed., Milan, 1998, § 1094—).

<sup>459</sup> Pero también la propia integridad física, la salud, la vida privada y familiar, etc., en la medida en que el demandante necesite la vivienda que reclama judicialmente para satisfacer sus propias necesidades habitacionales básicas: ni más ni menos que como el demandado.

<sup>460</sup> *Vid. supra*, primer parte, capítulo segundo, págs. 210 y sigs.

<sup>461</sup> Como lo ha hecho también con las normas reguladoras del contrato de arrendamiento (*vid. supra*).



En otras ocasiones, sin embargo, la ponderación y consiguiente aplicación del principio de proporcionalidad quedan encomendadas plenamente al propio tribunal. Esto ocurre cuando la ley deja indeterminados los medios de ejecución y atribuye al tribunal la tarea de acordar «lo que proceda» para hacer efectiva la condena (art. 703.1 LEC) o para adoptar las medidas de garantía «que resulten apropiadas» (art. 700 LEC). Dicho de otra forma (y de ello nos ocuparemos ampliamente en la última parte de nuestro trabajo) «lo que proceda» debe ser determinado desde un punto de vista constitucional, ponderando la tutela efectiva y los derechos del demandante amparados por el título con la faceta dignidad de la persona que puede resultar afectada por la actuación procesal y los derechos humanos y fundamentales que avalan dicho aspecto de su dignidad.

Se ha sostenido que las últimas reformas agilizadoras del juicio de desahucio y del lanzamiento cumplen, junto a una función principal de realización del derecho dentro del marco de garantías propias de la jurisdicción (para la que no es desdeñable el tiempo de duración del proceso), una función secundaria de promoción del derecho a la vivienda. Esta segunda función sería satisfecha, según sus defensores, de forma indirecta: al aumentar las posibilidades de satisfacción rápida y eficaz del arrendador, recuperando eficaz (y, por tanto, de forma económica) la vivienda en casos de impago o de finalización del plazo de duración del arrendamiento, se incrementaría la seguridad jurídica y esto, a su vez, redundaría, en la salida al mercado de alquileres de un número mayor de viviendas (y a un precio inferior) posibilitando su adquisición por un mayor número de arrendatarios<sup>462</sup>. Sin embargo, no se debe olvidar la dimensión vinculante directa (y

---

<sup>462</sup> En este sentido, ROMÁN GARCÍA afirma que «Se presenta así la legislación civil y procesal sobre los arrendamientos de viviendas, como un útil y necesario instrumento de política social, que deberá desarrollar el Ministerio de Vivienda junto con el de Justicia» y añade, que «el lanzamiento del inquilino y el desalojo de la vivienda en unos tiempos razonables no superiores a dos meses [...] es el principal problema que tiene en la actualidad el mercado de arrendamientos. Si se consigue resolver esta dificultad, que viene originada a nuestro juicio, por una deficiente legislación procesal en este punto, efectivamente se obtendría el deseado dinamismo del mercado» (Román García, Antonio, «Arrendamientos urbanos y régimen jurídico de la vivienda», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 691, septiembre-octubre 2005, págs. 1737 y 1743, respectivamente). Aunque se repite como un mantra en diversos foros (exposición de motivos de las diferentes leyes de reforma, discursos parlamentarios, artículos doctrinales...) esta idea «de que el mercado de viviendas en alquiler se puede vigorizar garantizando un desahucio rápido y eficaz pues la vivienda vacía y sin alquilar es función de la inseguridad de los arrendadores», ni se suelen ofrecer demasiadas pruebas de tal afirmación, ni se

no sólo programática) de los derechos económico-sociales (y, en el caso de la vivienda, de otros derechos fundamentales a ella vinculados: derechos de naturaleza civil o política cuya eficacia vinculante directa no se discute por nadie), susceptibles de prohibir determinadas acciones de los poderes públicos gravemente lesivas para ellos. En este sentido, las formas aceleradas de lanzamiento, de interpretarse de forma ajena a toda consideración debida a las situaciones vitales del ocupante que queda sin vivienda (es decir, desentendiéndose de la existencia de medios para mitigar sus efectos), supondrán una lesión constitucionalmente prohibida del derecho a la vivienda y a otros derechos a él vinculados (un «desalojo forzoso» en la terminología del derecho internacional de los derechos humanos) y, por ello, contrarias al deber de respeto y protección de los derechos fundamentales que el art. 53 CE encomienda a todos los poderes públicos incluido el judicial. Es decir, no cabe afirmar coherentemente que la vulneración directa de un derecho (a la vivienda y los a ella vinculados) esté justificada por ser el instrumento de su satisfacción indirecta.

Aun más, corresponde a la esencia misma de la función jurisdiccional la ponderación de los derechos legítimos del demandante a obtener la prestación que ampara el título ejecutivo con aquellos derechos fundamentales del demandado que perviven, pese al título, con la máxima extensión posible (principios como normas de optimización de resultados) conforme al principio de proporcionalidad, atendidos los recursos que el tribunal pueda recabar/exigir de las Administraciones Públicas (por cuanto la maximización es siempre relativa y contextual, atenta a las posibilidades materiales) pero siempre con respeto a los mínimos indisponibles por el Estado (identificado con el contenido esencial de determinados derechos como la integridad física y moral). En este sentido se debe producir la interpretación de las normas vigentes por los tribunales encargados de la ejecución.

---

discute en profundidad la existencia de otras causas coadyuvantes o preponderantes para explicar la debilidad del mercado de alquileres y, sobre todo, la falta de acceso al mismo de tantas familias necesitadas.

### *1.5. Derecho a la tutela efectiva y función social de la propiedad*

Es evidente que la eficacia del derecho a la vivienda (y de otros derechos a él vinculados) en la interpretación de normas procesales aplicables al lanzamiento, limita eficacia de otros derechos a los que, en principio, dichas normas procesales parecerían servir de modo más directo e inmediato: el derecho a la tutela efectiva, por una parte (art. 24 CE), y otros derechos fundamentales que encuentran su realización a través del anterior, singularmente, el derecho de propiedad privada (art. 33 CE). Tales limitaciones son, sin embargo, plenamente coherentes con el sistema constitucional de derechos fundamentales establecido por nuestra Constitución. Por lo que respecta al derecho a la tutela efectiva hemos sostenido en la primera parte de nuestro trabajo que este derecho fundamental no sólo ampara al demandante de ejecución (o al demandante, en general), sino que corresponde a ambas partes procesales (el denominado «carácter bifronte de la acción») correspondiendo al proceso la determinación del alcance respectivo de estos derechos (respondiendo a la tutela postulada) lo que de suyo conlleva limitar la tutela de una parte cuando los derechos de la contraria no permiten su satisfacción incondicionada.

Por lo que respecta al derecho de propiedad, que, indudablemente, resulta limitado en su potencial alcance cuando las medidas de ejecución no son todo lo expeditivas que hubiera sido concebibles de no haberse impuesto la interpretación limitativa en beneficio del derecho a la vivienda, hemos sostenido la exigencia de ponderación entre todos los derechos reconocidos constitucionalmente y, en particular, entre todos los derechos fundamentales, exigencia que se refleja en el art. 53 CE, sin que ningún derecho pueda tener carácter absoluto frente a otro. La limitación de un derecho a partir de la mencionada exigencia de ponderación puede sostenerse, en particular, con relación al derecho de propiedad amparado por el art. 33.1 CE, sin que sea necesario acudir, sin embargo, a la institución de la función social para justificarla.

Sin perjuicio de que la función social de la propiedad sea reflejo o manifestación de otra faceta del fenómeno jurídico que venimos analizando (la inexistencia de

derechos absolutos en un Estado social y democrático de derecho)<sup>463</sup> permitiendo que los derechos económicos y sociales (entre otros) penetren en los derechos clásicos a modo de injerto que los matiza y modaliza<sup>464</sup>, la limitación que para el derecho de propiedad deriva de esta institución jurídica tiene que ver más con finalidades públicas e intereses generales que con la ponderación frente a derechos de titularidad individual<sup>465</sup>. Es decir, la función social permitiría establecer para la propiedad dotada de ciertas características generales comunes (vivienda vacías, por ejemplo) determinadas «cargas» en favor de la comunidad (contribuir a formar bolsas de vivienda o quedar sometida a arrendamientos forzosos bajo ciertas circunstancias<sup>466</sup>). Sin embargo, la

---

<sup>463</sup> Se han destacado también similitudes entre el funcionamiento del principio de la función social y la operatividad de los derechos económicos y sociales reconocidos en el Capítulo III del Título I (principios rectores de la política social y económica) por cuanto la invocación de ambos debe ampararse en la ley, pero ésta no tiene por qué ser una ley *ad hoc*. En este sentido, se afirma que «la similitud con la forma de operar que atribuimos a la cláusula de función social resulta evidente. Al igual que los principios rectores de la política social y económica, la función social carece de virtualidad para operar per se, no pudiendo ser invocada directamente por los jueces en el proceso sin una previa ley que la desarrolle y concrete sus exigencias. Sin embargo, del mismo modo que acontece con los principios rectores de la política social y económica, ello no constituye un obstáculo para que los órganos judiciales puedan tener presente la vigencia constitucional del principio de la función social a la hora de interpretar e informar el sentido de las normas jurídicas que rijan en materia dominical. En este sentido, resulta perfectamente legítimo, desde la óptica constitucional, que el juez invoque el principio de la función social como guía interna y criterio inspirador en la interpretación de las normas jurídicas que regulen el ejercicio y delimiten el contenido del derecho de propiedad» (COLINA GAREA, Rafael, *La función social de la propiedad privada en la Constitución Española de 1978*, J. M. Bosch, Barcelona, 1997, pág. 301, en nota).

<sup>464</sup> Afirma PISARELLO PRADOS, que «La generalización del derecho a la vivienda sería impensable, en todo caso, sin la existencia de límites y vínculos a los derechos patrimoniales. Por eso, su garantía está ligada a la función social del derecho de propiedad (art. 33 CE); a la posibilidad de someter la libertad de empresa a las exigencias de la planificación (art. 38 CE), de reservar al sector público recursos o servicios esenciales (art. 128.2 CE) y de planificar la actividad económica general para atender necesidades colectivas (art. 131.I CE), y a la subordinación, en definitiva, de todas las formas de riqueza al interés general (art. 128 CE)». (Pisarello Prados, Gerardo, «El derecho a la vivienda...», cit.).

<sup>465</sup> Como señala COLINA GAREA, «parece que la Constitución identifica el principio de la función social con la afectación de la propiedad privada a la realización de fines supraindividuales de carácter solidario que resultan ubicables en el marco de la consecución del bienestar económico y social de la entera colectividad» (*ibidem*, pág. 325).

<sup>466</sup> En Cataluña, el art. 42 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, *del dret a l'habitatge* establece la posibilidad de imponer el arrendamiento forzoso de las viviendas vacías o permanentemente desocupadas, en ámbitos de demanda residencial fuerte y acreditada y una vez agotadas las medidas de incentivo al propietario previstas en la ley, calificando de incumplimiento de la función social de la propiedad el abandono permanente e injustificado de inmuebles, el hacinamiento o la vulneración de deberes de rehabilitación y conservación (art. 5). Este denominado «arrendamiento forzoso» se ampara jurídicamente en la expropiación temporal del usufructo de la vivienda (art. 43) y se tramita como tal previo expediente expropiatorio y determinación de un justo precio (que no aparece

función social no permite explicar ni justificar que el arrendador de un concreto inmueble al que, de modo aleatorio probablemente, ha tocado un inquilino que no le puede pagar y que no abandona la vivienda, deba soportar su presencia (contraviniendo el principio de igualdad frente a otro arrendatario más afortunado) en lugar de acudir a un lanzamiento «sin consideración», algo que, en cambio, sí puede justificarse acudiendo al principio de proporcionalidad, en la medida en que los derechos fundamentales del demandado relativos a la vivienda (y también el derecho a la tutela efectiva que los ampara) deben ser ponderados con el derecho de propiedad y a la tutela efectiva del demandante. Dicha ponderación debe hacerse para cada caso concreto y debe hacerla el tribunal. De su práctica puede derivarse la situación paradójica a la que ya hemos aludido: que la actuación interpretativa y aplicativa del tribunal, realizando una correcta ponderación atendidas las circunstancias concurrentes en el caso, sea, sin embargo, instrumento de la vulneración por el Estado de alguno de los derechos fundamentales consagrados por el CEDH. Como hemos afirmado<sup>467</sup> el Convenio exige que cada Estado organice su sistema jurídico (en su conjunto, incluyendo su actuación judicial pero también la actuación administrativa que pueda ser necesaria durante la ejecución así como las normas legales y, en particular, presupuestarias, que amparen dicha actuación) de modo que pueda atender sus obligaciones según el Convenio.

## **2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y derechos fundamentales relativos a la vivienda**

Algunas sentencias del Tribunal Constitucional avalan las afirmaciones sostenidas hasta el momento sobre la virtualidad que ciertos derechos consagrados constitucionalmente que se construyen en relación a la vivienda (sea como objeto principal —aquél cuya obtención y conservación satisface, sin más, el interés que ampara el derecho—, sea como objeto secundario —aquél cuya obtención sirve de instrumento de satisfacción de otros intereses o bienes ulteriores: intimidad, vida

---

vinculado a la renta cobrada en el alquiler por lo que la calificación de arrendamiento forzoso del artículo anterior parece incorrecta: quien arrienda es la Administración pública una vez ha expropiado). Cfr. FAUS, Manuel, «La ley del derecho a la vivienda en Cataluña», en *Breviario civil. 1: Contratos*, Editorial V-Lex, edición digital, abril-2008 y también CONTIJOCH PRATDESABA, Ramón, «Lei dei dret a l'habitatge i el seu vessant arrendatari», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2008, págs. 1087, 1088, 1090 y 1091.

<sup>467</sup> *Vid. supra* capítulo segundo, § 2.2.2

privada y vida familiar, seguridad, salud..., que son su objeto indirecto pero principal—) tienen para restringir o limitar el alcance de otros derechos fundamentales (singularmente el derecho a la tutela efectiva y los derechos que avala la sentencia que se ejecuta)

En la STC 113/89, de 22 de junio, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la constitucionalidad de las limitaciones impuestas por la ley cuya constitucionalidad había sido recurrida a la embargabilidad de ciertos bienes (lo que supone una evidente limitación a las posibilidades de satisfacción del acreedor amparadas por su derecho a la tutela efectiva). El TC pondera frente al derecho a la tutela del demandante otros derechos del demandado (entre ellos, el derecho a la vivienda) articulados en torno al valor de dignidad humana: punto de entrada en nuestro sistema del principio constitucional de proporcionalidad. Afirma el TC que «repugna» al respeto debido a la dignidad humana, «configurado como el primero de los fundamentos del orden público y de la paz social en el art. 10.1 CE», que «la efectividad de los derechos patrimoniales se lleve al extremo de sacrificar el mínimo vital del deudor, privándole de los medios indispensables para la realización de sus fines personales así como en la protección de la familia, el mantenimiento de la salud y el uso de una vivienda digna y adecuada»; pues se trata de valores constitucionalmente consagrados en los arts. 39, 41, 43 y 47 CE, que obligan a los poderes públicos, «a cuyo fin resulta razonable y congruente crear una esfera patrimonial intangible a la acción ejecutiva de los acreedores que coadyuve a que el deudor pueda mantener la posibilidad de una existencia digna» (FJ 3.º).

Dicho razonamiento conduce al TC a la necesidad de un juicio de proporcionalidad:

«corresponde ahora examinar si la establecida en la norma legal cuestionada cumple la regla de proporcionalidad de los sacrificios, de obligada observancia en toda limitación de un derecho fundamental (SSTC 26/1981 y 37/1989). Para que dicha proporcionalidad se cumpla es preciso que la declaración legal de inembargabilidad se desenvuelva dentro de los límites cuantitativos que resulten imprescindibles para asegurar el mínimo económico vital de sus beneficiarios y no los sobrepasen de manera tal que se extienda su inmunidad frente a la acción ejecutiva de los acreedores en cuantía que resulte excedente a ese

mínimo vital, pues en este caso se estará sacrificando el derecho fundamental de los acreedores a hacer efectivo el crédito judicialmente reconocido más allá de lo que exige la protección de los valores constitucionales que legitima la limitación de este derecho». (FJ 3.º).

En el caso concreto analizado por la sentencia, el juicio de proporcionalidad condujo al TC a declarar la inconstitucionalidad del art. 22.1 del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto prohibía el embargo de las prestaciones de la Seguridad Social de manera incondicionada y al margen de su cuantía<sup>468</sup>, lo que era inconciliable con el derecho a la ejecución de sentencias y con lo prescrito, por tanto, en el art. 24.1 de la Constitución. Al no señalar un límite cuantitativo a la inembargabilidad la prohibición constituía un sacrificio desproporcionado del derecho a la ejecución de las sentencias firmes. Sin embargo, debe notarse que el TC sólo declara la inconstitucionalidad de la norma procesal reguladora del embargo tras realizar un juicio de proporcionalidad entre derechos constitucionalmente consagrados.

En la sentencia recién citada El TC analiza la proporcionalidad de una norma (la que establecía la inembargabilidad de ciertos bienes esenciales para la existencia digna)<sup>469</sup>, es decir, valora la corrección de la ponderación efectuada por el legislador

---

<sup>468</sup> Según esta sentencia (ponente, Sr. Díaz Eimil), «es preciso coordinar con los límites que exige el respeto debido a los derechos fundamentales y, en tal sentido, la norma de inembargabilidad de las pensiones de la S.S., sin limitación cuantitativa alguna, se moverá, normalmente, dentro de ese margen, puesto que, en la mayoría de los casos, el importe económico de dichas pensiones es de tan reducida cuantía, que difícilmente alcanzará para satisfacer las más elementales necesidades de los pensionistas, pero ocurre que ello no nos puede llevar a desconocer que también existen pensiones de superior cuantía, cuya total inembargabilidad puede suponer un sacrificio desproporcionado del derecho del acreedor en la medida en que tales pensiones excedan de la finalidad de la norma de garantizar la subsistencia económica del pensionista. De producirse tal sacrificio desproporcionado es indudable que el precepto legal cuestionado será inconstitucional en cuanto limita un derecho fundamental más allá de toda justificación constitucional, pero ello sólo es posible establecerlo en el supuesto de que el legislador haya concretado cuál es el ingreso económico que considera imprescindible proteger para garantizar la subsistencia económica del deudor [...] al no haberlo hecho así, corresponde a este Tribunal declararlo inconstitucional por vulnerar el citado derecho fundamental en la medida en que, al no señalar límite cuantitativo, constituye sacrificio desproporcionado del derecho a que las Sentencias firmes se ejecuten, garantizado, según se deja dicho, por el art. 24.1 de la Constitución» (FJ 3.º).

<sup>469</sup> En el mismo sentido la STC 158/1993, de 6 de mayo (ponente: Carles Viver Pi-Sunyer), recaída en cuestión de inconstitucionalidad 2.186/91, promovida por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid sobre el art. 12 de la Ley 35/1980, de 26 de junio, relativa a pensiones en favor de los mutilados excombatientes de la zona republicana. Esta sentencia declara la

al elaborar dicha norma («principio de proporcionalidad en la ley») entre el derecho a la ejecución de sentencia, amparada por el art. 24 CE, y el derecho a la subsistencia en condiciones dignas amparadas por otros derechos de rango constitucional. En cambio, en la STC 37/1989, de 2 de marzo<sup>470</sup>, el TC analiza la proporcionalidad de una actuación jurisdiccional (en el ámbito de la instrucción penal) amparada en los términos literales de una ley, cuestionando si pese a ello el tribunal ordinario debía haber considerado, previa adecuada ponderación judicial conforme al principio de proporcionalidad («principio de proporcionalidad en la aplicación de la ley») otros derechos en presencia (el derecho a la intimidad), de rango constitucional y susceptibles de amparo. El TC afirma:

«[...] lo que la protección de la intimidad reclama no es sólo la regularidad formal de la decisión judicial que motivadamente y con fundamento en una inexcusable previsión legislativa, la delimite, sino también, ya en el orden sustantivo, la razonable apreciación, por la autoridad actuante, de la situación en que se halle el sujeto que pueda resultar afectado, apreciación que se ha de hacer en relación con las exigencias de la actuación judicial en curso pues no se acomodaría, ciertamente, al derecho fundamental la resolución que constriñese el ámbito de intimidad de quienes no se hallan en una posición o situación específica respecto de aquella actuación, como tampoco respetaría la garantía que consideramos la medida desatenta a toda estimación de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone» (FJ 6.º).

---

inconstitucionalidad del art. 12 de dicha ley por considerar inembargables, sin más precisiones (como en el caso anterior) las pensiones que reconocía.

<sup>470</sup> En esta sentencia (ponente: Francisco Rubio Llorente), el Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo interpuesto por considerar vulnerado el derecho a la intimidad de la recurrente, ordenando la anulación de la providencia que ordenaba el sometimiento de la misma a la realización de un examen ginecológico. Considera el Tribunal Constitucional que el examen, aun amparado por la ley y orientado justificadamente al éxito de la investigación, debía, por el mero hecho de afectar a partes íntimas del cuerpo, encontrarse debidamente fundamentado, circunstancia ésta que, por la forma que revistió la resolución impugnada (providencia), no fue posible. La medida se amparaba en el art. 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982, según el cual “no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley” y el TC afirma que «es precisamente esto último (si la actuación controvertida se atuvo o no a la legalidad, incluida, claro está, la de rango constitucional) lo que se ha de examinar en el actual recurso. [...]» (FJ. 7.º).



Por consiguiente, para el TC el juicio de proporcionalidad corresponde también al tribunal ordinario, al que se encomienda (y exige) una interpretación y aplicación de la norma procesal conforme a los derechos consagrados por la constitución.

El TC ha debido analizar el estrecho vínculo entre derecho a la vivienda y derecho a la intimidad en relación con la necesidad de autorización judicial para la entrada en domicilio en supuestos de lanzamiento<sup>471</sup>. El TC ha concluido en estos casos que no es necesaria una autorización específica del juez encargado de la ejecución para la entrada en domicilio requerida por un lanzamiento en cuanto medio de ejecución forzosa. Pero la anterior conclusión no proviene de que el TC niegue la vigencia del derecho fundamental a la intimidad y a la vida privada y familiar en el momento del lanzamiento, sino del entendimiento de que la resolución judicial motivada que su restricción requiere constitucionalmente (art. 18.2 CE) puede identificarse con la propia sentencia de condena a la entrega del inmueble. En efecto, la STC 160/1991, de 18 julio<sup>472</sup> destacó la necesaria ponderación judicial de valores y derechos cuando esté implicada la intimidad:

«en el caso de la Constitución Española, y como expresión de la estrecha relación entre la protección del domicilio y la acordada a la intimidad personal y familiar en el apartado 1 del mismo art. 18, fuera de los supuestos de consentimiento del titular y de flagrancia delictiva (ninguno de los cuales es relevante en el presente recurso), se posibilita la entrada o registro domiciliario únicamente sobre la base de una resolución judicial. La garantía judicial aparece así como un mecanismo de orden preventivo, destinado a proteger el derecho, y no —como en otras intervenciones judiciales previstas en la Constitución— a reparar su violación cuando se

---

<sup>471</sup> Vid. PULIDO QUECEDO, Manuel, «Ejecución de sentencia contencioso-administrativa y autorización judicial para entrada en domicilio», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 17/1998, Aranzadi-West-Law, 1998, edición digital, BIB 1998\1782

<sup>472</sup> En esta sentencia, el TC (Pleno; ponente: López Guerra) se enjuicia la entrada en domicilio por agentes de la autoridad administrativa para dar cumplimiento a actuaciones de desalojo y demolición de un conjunto amplio de edificaciones en cumplimiento de resoluciones judiciales firmes, confirmatorias por su parte de otras resoluciones administrativas expropiatorias de tierras, edificaciones y viviendas para la construcción de un embalse. Concluye el Tribunal que «se trata, pues, de ejecución de Sentencias —y no de actos administrativos—, que en principio corresponde al órgano que hubiere dictado el acto o disposición objeto del recurso (art. 103 LJCA) debiendo interpretar esta competencia, tal y como hemos declarado, no como la atribución de una potestad, sino como la concreción del deber de cumplir lo decidido por las Sentencias» (FJ. 8.º).

produzca. La resolución judicial, pues, aparece como el método para decidir, en casos de colisión de valores e intereses constitucionales, si debe prevalecer el derecho del art. 18.2 CE u otros valores e intereses constitucionalmente protegidos. Se trata, por tanto, de encomendar a un órgano jurisdiccional que realice una ponderación previa de intereses, antes de que se proceda a cualquier entrada o registro, y como condición ineludible para realizar éste, en ausencia de consentimiento del titular» (FJ 8.º).

Pero entendió que en el caso de un lanzamiento, el título ejecutivo supone acreditación de una causa considerada por el legislador como suficiente para justificar la entrada (art. 703.1 LEC) aun cuando se trate de la vivienda habitual del demandado o personas que de él dependen (art. 704.1 LEC)<sup>473</sup>:

«[...] toda ejecución supone la realización de un derecho previamente declarado en un acto el cual, a su vez, ha de tener constancia formal inequívoca, certeza de su contenido y de destinatario que dispense de la necesidad de una previa interpretación de su alcance y de su extensión y que permita su realización inmediata, integrando lo que en suma se conoce como un título ejecutivo [...] Corresponde al Juez, según lo señalado, y de acuerdo con el art. 18.2 CE, llevar a cabo la ponderación preventiva de los intereses en juego como garantía del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Y una vez realizada tal ponderación, se ha cumplido el mandato constitucional. La introducción de una segunda resolución por un Juez distinto no tiene sentido en nuestro ordenamiento, una vez producida, en el caso que se trata, una Sentencia firme en la que se declara

---

<sup>473</sup> ORTELLS RAMOS analiza la orden de entrada en domicilios y lugares cerrados como medio ejecutivo para los actos de entrega de la posesión de inmuebles y afirma que «los actos consistentes en la eliminación de obstáculos materiales para que el ejecutante ocupe el inmueble y las actuaciones de desalojo, pueden hacer necesario afectar a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), o en todo caso, entrar coactivamente en lugares cerrados. A diferencia del art. 701.1 LEC, los arts. 703 y 704 no facultan expresamente al tribunal para la utilización de este medio ejecutivo, pero ello se debe a que el mismo está claramente implícito en las actuaciones previstas en esos artículos. De hecho, la jurisprudencia del TC en el sentido de no ser necesaria una específica resolución judicial autorizando la entrada en domicilios, cuando esta entrada es imprescindible complemento instrumental de una resolución judicial a cuya ejecución se está procediendo, se formó precisamente respecto a actuaciones ejecutivas de desalojo de bienes inmuebles. {vid. SSTC 160/1991 y 199/1998}» (*idem*, págs. 174 y 122 a 124). En el mismo sentido CARBALLO PIÑEIRO, Laura, *Ejecución de condenas de dar*, págs. 335 a 338; ARANGÜENA FANEGO, Coral, *Comentarios...*, cit., Tomo III, págs. 3633 y 3634; vid. también DE LA OLIVA, *Comentarios...*, cit., pág. 1183.

la conformidad a Derecho de una resolución expropiatoria que lleva anejo el correspondiente desalojo» (FJ 9.<sup>o</sup>)<sup>474</sup>.

Con todo, el TC exige que en el título ejecutivo se realice una verdadera ponderación singularizada y real más no meramente rituarial y mecánica, exigiendo:

«[...] la correcta y debida individualización del sujeto que ha de soportar la ejecución forzosa y el cumplimiento de los elementales formalismos que deben

---

<sup>474</sup> El TC se aparta en el caso expuesto de otra jurisprudencia anterior, sentada en la Sentencia 22/1984, de 17 de febrero (ponente: Díez-Picazo y Ponce de León), en la que se establecía la exigencia de una duplicidad de resoluciones judiciales: «de la facultad que el titular del derecho sobre el domicilio tiene de impedir la entrada en él es consecuencia que la resolución judicial o la resolución administrativa que ordenan una ejecución que sólo puede llevarse a cabo ingresando en un domicilio privado, por sí solas no conllevan el mandato y la autorización del ingreso, de suerte que cuando éste es negado por el titular debe obtenerse una nueva resolución judicial que autorice la entrada y las actividades que una vez dentro del domicilio pueden ser realizadas. La regla anterior no es aplicable únicamente a los casos en que se trata de una resolución tomada por la Administración en virtud de un principio de autotutela administrativa, como ocurre en el presente caso. A la misma conclusión se puede llegar cuando la decisión que se ejecuta es una resolución de la jurisdicción ordinaria en materia civil. Si los agentes judiciales encargados de llevar, por ejemplo, a cabo un desahucio o un embargo encuentran cerrada la puerta o el acceso de un domicilio, sólo en virtud de una específica resolución judicial pueden entrar. Por consiguiente, el hecho de encontrarse ejecutando una decisión, judicial o administrativa, legalmente adoptada, no permite la entrada y el registro en un domicilio particular. Sin consentimiento del titular o resolución judicial, el acto es ilícito y constituye violación del derecho, salvo el caso de flagrante delito y salvo naturalmente las hipótesis que generan causas de justificación como puede ocurrir con el estado de necesidad» (FJ. 5). Aun cuando la sentencia asimila la entrada producida en cumplimiento de un acto administrativo a la realizada en cumplimiento de una sentencia, posteriormente el art. 87.2 atribuyó a los juzgados de Instrucción la competencia para la autorización mediante resolución motivada para la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares de, acceso dependiente del consentimiento de su titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración, sin hacer mención a la entrada en ejecución de sentencia, lo que pudo motivar el cambio jurisprudencial expuesto en el texto. El art. 87.2 LOPJ fue objeto de una cuestión de inconstitucionalidad resuelta por STC 76/1992, de 14 de mayo (Pleno; ponente: Fernando García-Mon y González Regueral) que consideró que el art. 87.2 LOPJ era conforme a la Constitución, al tiempo que declaraba inconstitucional la nueva redacción dada al art. 130 LGT por el art. 110 de la Ley 33/1987 de Presupuestos Generales del Estado para 1988, estableciendo que «previa exhibición del documento individual o colectivo acreditativo de la deuda tributaria, los Jueces de Instrucción autorizarán dentro de las veinticuatro horas siguientes a la solicitud la entrada en el domicilio del deudor, siempre que se manifieste por los órganos de recaudación haber perseguido cuantos bienes sea posible trabar sin necesidad de aquella entrada». La razón para la declaración de inconstitucionalidad se debía a los límites que el TC impone al contenido material de las leyes de presupuestos, ya que «no siendo, pues, necesaria su inclusión en la Ley de Presupuestos y tratándose, además, de una materia que no tiene un grado de vinculación suficiente, esto es, directa con el ámbito del contenido posible de este tipo de Leyes, tal y como ha sido definido por este Tribunal; debemos declarar que la nueva redacción del art. 130 LGT es contraria a la Constitución por estar contenida en una Ley anual de Presupuestos Generales del Estado» (FJ 5).

preceder a la ejecución forzosa de todos los actos administrativos y, en particular, de aquellos que pueden suponer la lesión de derechos fundamentales».

Por ello, si en el caso concreto se admite como autorización de entrada la primigenia resolución judicial, ello se debe a que la ejecución estaba en línea directa con el contenido de aquella resolución (el título ejecutivo) y que su contenido especificaba la necesidad de abandono del inmueble:

«[...] se trata de una ejecución en línea directa o de continuidad, donde se da una identidad absoluta entre el acto de ejecución material y su título habilitante que no necesita ni permite siquiera, que se intercale ninguna actuación intermedia de individualización y que, por ello, hace innecesaria una nueva intervención judicial que en este caso sí sería, sin duda, hueca y carente de significado, pues ninguna garantía añadida a la protección del derecho fundamental de que se trata. Ello sin perjuicio de que, si surgieran incidentes en la ejecución de una resolución judicial, fueran competencia según las normas procesales (55 LEC y 41 LJCA) del órgano jurisdiccional que hubiera dictado tales resoluciones. Ha de concluirse, pues, que, una vez recaída una resolución judicial que adquiriera firmeza y que dé lugar, por su naturaleza y contenido, a una entrada domiciliaria, tal resolución será título bastante para esa entrada, y se habría cumplido la garantía del art. 18 CE» (FJ 10.º).

En todo caso, el auto judicial despachando ejecución e individualizando los sujetos y el objeto material de la misma en la orden general de ejecución, confirmaría, en el caso del lanzamiento, la habilitación judicial que pueda suponer la sentencia de condena a los efectos de cumplir con la autorización judicial exigida por el art. 18 CE, sobre todo cuando el lanzamiento del inmueble como medio de ejecución no haya sido mencionado expresamente en la sentencia sino que sea consecuencia de la interpretación judicial del título o del desarrollo del proceso de ejecución (como sería el caso del lanzamiento acordado para hacer efectiva la dación en pago o para pago en el proceso de ejecución dineraria).

### **3. El derecho a la vivienda en las normas administrativas: actividad prestacional y promocional de los poderes públicos.**

La dimensión puramente programática del derecho a la vivienda debe ser satisfecha por los poderes públicos a partir del reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas y una fuerte participación de los Municipios<sup>475</sup>. Se encuentra, pues, repartida en una legislación administrativa muy variada y abundante.

Uno de los aspectos de los que se ocupa esta legislación es el relativo a la adecuación de la vivienda, entendida ésta como la garantía de seguridad, salubridad y habitabilidad de las construcciones. En este sentido, puede mencionarse la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación así como el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación, ambas normas de ámbito estatal, a las que deben añadirse otras normas estatales, autonómicas y locales destinadas a proteger a los consumidores de vivienda, controlando la calidad de la construcción, asegurando el control sanitario de edificios y otros aspectos relativos a la vivienda como producto. Igualmente han de considerarse en este sentido las normas reguladoras de las medidas de conservación de edificios y las orientadas a su rehabilitación.

Otro aspecto relevante de la obligación programática asumida por los poderes públicos respecto al derecho a la vivienda es el relativo a su accesibilidad jurídica y económica. Se aborda ésta faceta del derecho a través de normas y actividades administrativas orientadas a favorecer (mediante técnicas planificadoras, promocionales o de fomento y prestacionales) el dinamismo tanto del sector privado como del sector público vinculado a construcción, venta y alquiler de viviendas.

---

<sup>475</sup> Sobre el que se han pronunciado las SSTC 152/1988, de 20 de julio (conflicto de competencias entre el Estado y el Gobierno Vasco; ponente Antonio Truyol y Serra) y 61/1997, de 20 de marzo (declarando parcialmente inconstitucional el Texto refundido de la Ley del Suelo de 1992; ponentes Enrique Ruiz Vadillo y Pablo García Manzano).

Por lo que respecta al sector privado se favorece tanto la demanda como la oferta en el sector inmobiliario. Para ello, se regula el acceso al crédito y, en particular, al mercado hipotecario (Ley 2/1981 de 25 marzo de regulación de mercado hipotecario); se pretende promover la construcción y la adquisición de viviendas en régimen de propiedad o alquiler a precios moderados<sup>476</sup>: viviendas de protección oficial (VPO) (Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de viviendas de protección oficial —desarrollado por el R.D. 3148/1978, de 10 de noviembre— y normas autonómicas sobre esta materia<sup>477</sup>; todas ellas concretadas mediante Planes de Vivienda); se establece un régimen jurídico-administrativo del suelo urbano y de la ordenación urbana de forma que se racionalice su disponibilidad y precio (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo; normas sobre suelo; normas de planificación urbanística de las Comunidades Autónomas; normas municipales sobre urbanismo y planeamiento y su concreción mediante Planes de Ordenación Urbana; creación de reservas de suelo para viviendas protegidas, etc.). En particular, se aspira a fomentar la vivienda en alquiler como forma de acceso a la vivienda (VPO en régimen de alquiler<sup>478</sup>, Sociedad Pública de Alquiler<sup>479</sup>, medidas fiscales de apoyo al

---

<sup>476</sup> Señala IGLESIAS GONZÁLEZ, que el fomento a la promoción y adquisición de viviendas es «una de las técnicas más profusamente utilizadas por las Administraciones Públicas y, con mucho, la técnica de intervención en la vivienda a la que se dedica mayores recursos económicos», si bien hasta el Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de viviendas de protección oficial, el fomento se había centrado en la promoción y no en las ayudas a los adquirentes (Iglesias González, Felipe, *Administración pública y vivienda*, Ed. Montecorvo, Madrid, 2000).

<sup>477</sup> Previamente Ley de Viviendas Protegidas, de 19 de abril de 1939; Ley de Viviendas de Renta Limitada, de 15 de julio de 1954; RDL 12/76 y RD 2043/77 de apoyo financiero a viviendas sociales.

<sup>478</sup> El desahucio y lanzamiento de VPO de promoción pública en alquiler queda sometido a procedimientos administrativos (DA 1.ª-8 LAU/1994; art. 141 del Reglamento de 24 de julio de 1968 para la aplicación de la Ley de Viviendas de Protección Oficial —aprobado por Decreto 2114/1968, de 24 de julio; texto refundido aprobado por Decretos 2131/1963, de 24 de julio y 3964/1964, de 3 de diciembre—). Según el art. 141 del citado Reglamento «El Instituto Nacional de la Vivienda podrá acordar, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo, el desahucio y, en su caso, el lanzamiento de los arrendatarios o beneficiarios de las viviendas [...]»; Los arts. 142 a 144 regulan el procedimiento administrativo de desahucio y lanzamiento.

<sup>479</sup> Sociedad mercantil anónima de carácter unipersonal creada por el Ministerio de la Vivienda al amparo del acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de abril de 2005 que señalaba como objetivo «favorecer la creación de un mercado de alquileres más sólido y dinámico, a fin de facilitar a la ciudadanía el acceso a una vivienda en alquiler». La Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios, contempla

alquiler); desde el RD 727/1993, de 14 de mayo, sobre el precio de las viviendas de protección oficial de promoción privada, el precio de los alquileres de las VPO de promoción privada es libre (como también lo es su precio de venta)<sup>480</sup>.

El sector público de la vivienda, dependiente de las Comunidades Autónomas y Municipios, promueve la construcción pública de vivienda y la titularidad pública de viviendas protegidas a través de empresas municipales de vivienda o de entes locales o autonómicos competentes en materia de vivienda y con la creación de patrimonios públicos de suelo<sup>481</sup>.

Las Leyes sobre el derecho a la vivienda que han promulgado algunas Comunidades Autónomas (Ley Foral 8/2004, de 24 de junio, de protección pública a la vivienda en Navarra; Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda —en Cataluña— que deroga una anterior: Ley 24/1991, de 29 de noviembre, de la Vivienda; Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía) afirman expresamente el derecho a la vivienda para sus ciudadanos especificando aquellas medidas legislativas y administrativas que los poderes públicos autonómicos han de emprender para su satisfacción<sup>482</sup>. En

---

en su DA primera «ayudas a inquilinos con alta vulnerabilidad social» estableciendo que «en las ayudas estatales para facilitar el acceso a la vivienda y su disfrute efectivo se prestará especial atención a las circunstancias de los inquilinos que se encuentren en situación de baja capacidad económica y alta vulnerabilidad social». En las proposiciones de ley de las que esta norma trae causa se contemplaban medidas más profundas de apoyo a estos colectivos.

<sup>480</sup> Siguiendo, nuevamente, a IGLESIAS GONZÁLEZ, «la promoción pública de viviendas en nuestro país se caracteriza por su escasa relevancia cuantitativa, no sólo en cuanto al número de viviendas producidas sino también por el número de productores y por su destino prioritario a la propiedad, en detrimento del arrendamiento, lo que explica que nuestro país tenga uno de los patrimonios públicos de vivienda más reducidos con relación al número de habitantes de los países europeos» (Iglesias González, Felipe, *Administración pública y vivienda*, Ed. Montecorvo, Madrid, 2000).

<sup>481</sup> La Ley catalana de *dret a l'habitatge* establece en el capítulo II del Título V de la ley los denominados Fondos de solidaridad urbana (Fons de solidaritat urbana) que deben crear los Ayuntamientos de más de 5.000 habitantes en el plazo de 20 años. Este fondo debería estar constituido por un número de viviendas destinadas a políticas sociales equivalente al 15% del total de viviendas habitables del municipio. La titularidad de las viviendas del fondo puede ser pública o privada siempre que estén adscritas a alguna de las fórmulas contempladas en la ley para favorecer el acceso a la vivienda (por ejemplo, se incluyen las viviendas privadas en alquiler bajo fórmulas de prórroga forzosa).

<sup>482</sup> El art. 1.2. de la Ley andaluza señala que «la Administración de la Junta de Andalucía y las Administraciones locales, dentro de los ámbitos competenciales correspondientes determinados en el Estatuto de Autonomía para Andalucía y demás legislación aplicable, promoverán el acceso a una

este sentido, sin derogar las normas e instrumentos antes mencionados en párrafos anteriores, crean para ellos un marco estable y unificado, regulando de modo permanente los derechos subjetivos de los que deberá ser titular el ciudadano una vez que se hayan concretado las operaciones previstas en dichos instrumentos. De este modo, tales leyes adoptan una perspectiva novedosa que no se centra únicamente en la actividad administrativa (aparentemente dispersa y descoordinada) sino en el derecho del ciudadano a la vivienda, objetivo, a fin de cuentas, de tales políticas públicas y actuaciones administrativas y elemento articulador y homogeneizador de las mismas. Por otra parte, al delimitar en sus grandes rasgos las actividades públicas normativas y administrativas requeridas para satisfacer el derecho, favorecen su posibilidad de exigencia jurisdiccional aunque condicionada a la aprobación de los Planes e instrumentos correspondientes (en este sentido puede leerse el art. 24 de la Ley andaluza<sup>483</sup>).

Mediante las leyes autonómicas de vivienda se garantiza la adecuación de las viviendas (la ley catalana, por ejemplo, regula la «calidad del parque inmobiliario

---

vivienda digna y adecuada a través de una política de actuaciones en materia de vivienda protegida y suelo y de apoyo a la conservación, mantenimiento, rehabilitación y calidad del parque de viviendas existente»; El art. 1.2. de la Ley Foral navarra señala que «Además de las actuaciones protegibles en materia de vivienda, la presente Ley Foral regula, asimismo, diversos aspectos de su régimen legal, así como medidas de fomento de la calidad de la construcción, de control y prevención del fraude y de defensa y restauración de la legalidad»; por su parte, la exposición de motivos de la Ley catalana señala que «la Ley apuesta por la creación de un parque específico de viviendas asequibles que permita atender las necesidades de la población que necesita un alojamiento; este parque debe ser suficiente para permitir la movilidad y la adaptación a las necesidades cambiantes de las personas, y especialmente integrado en cuanto al entorno físico así como bajo el punto de vista social [...] Para impulsar la creación de un parque específico de viviendas a un precio al alcance de las rentas bajas y medias, la Ley regula del modo más riguroso posible la vivienda de protección oficial en Cataluña, y no solo esta, sino también otras formas de vivienda asequible que permitan conseguir, a medio y largo plazo, el auténtico parque específico que la sociedad reclama. Es preciso resaltar el objetivo de que, en el plazo de veinte años, el 15 % de las viviendas principales existentes sean viviendas destinadas a políticas sociales».

<sup>483</sup>«Artículo 24. *Protección jurisdiccional de los derechos.*— 1. Las personas titulares del derecho que reúnan las condiciones establecidas en el artículo 5 de esta Ley podrán exigir de las Administraciones Públicas el cumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho a una vivienda digna y adecuada, en los términos establecidos en la presente Ley, mediante el ejercicio de las acciones que procedan de acuerdo con los procedimientos que establezcan las leyes procesales del Estado. 2. En particular, quienes acrediten interés legítimo, transcurrido el plazo establecido en la disposición final segunda de esta Ley, podrán reclamar ante la correspondiente Administración municipal el cumplimiento del deber de aprobar el Plan Municipal de Vivienda y Suelo y promover activamente la ejecución de la programación prevista en el mismo, en caso de que este haya sido aprobado».



de viviendas» —título III— y la ley andaluza se ocupa de «la calidad de las viviendas» —art. 3— y de la «conservación, mantenimiento y rehabilitación de viviendas» —título III—); se garantiza la accesibilidad económica de las viviendas, especificando los derechos que se derivan para el ciudadano del establecimiento e implementación de las citadas medidas (por ejemplo, la ley andaluza se ocupa en su título II de regular los «instrumentos de las Administraciones Públicas Andaluzas» —promoción de viviendas mediante ayudas públicas, planes de vivienda y suelo autonómicos y municipales, creación de reservas de suelo, etc.—, habiendo dedicado su título I al «derecho de acceso a la vivienda protegida»; la ley catalana regula «la planificación territorial y la programación en materia de vivienda» —título II— así como la «política de protección pública de la vivienda» —título V—).

Estas normas se ocupan de la protección del consumidor de vivienda, abandonando el terreno exclusivamente administrativo y regulando también determinados aspectos de los contratos de arrendamiento y compraventa. Por ejemplo, la ley catalana al ocuparse en su título IV de «la protección de los consumidores y usuarios de vivienda en el mercado inmobiliario» regula los diversos aspectos de la operación (agentes que intervienen en la producción y venta de viviendas, publicidad, oferta, celebración del contrato) e incluso contempla la posibilidad de intervenir directamente imponiendo el alquiler forzoso de viviendas vacías (mediante una expropiación de uso) en ciertas circunstancias en las que se considere que la vivienda no cumple su función social (art. 42.6)<sup>484</sup>.

Uno de los supuestos de vulneración de los derechos relativos a la vivienda en situaciones de lanzamiento (tanto judicial como administrativo) procede de la ausencia de un alojamiento alternativo (atendida la prohibición de dejar personas sin hogar), disponibilidad que puede estar vinculada, a su vez, a la adecuada implementación de las reseñadas políticas de vivienda, lo que demuestra la relación entre la actividad administrativa en materia de vivienda y los

---

<sup>484</sup> Vid. CONTIJOCH PRATDESABA, Ramón, «Lei dei dret a l'habitatge i el seu vessant arrendatari», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4 (2008), págs. 1061 a 1100.

lanzamientos judiciales. El desarrollo de los citados marcos normativos, estableciendo modalidades y mecanismos de acceso a la vivienda en situaciones de necesidad extrema (como la que puede generarse a consecuencia de un lanzamiento) y su adecuada puesta en práctica, contribuirían a proporcionar al tribunal los recursos necesarios para resolver situaciones que, de otro modo, originarán la suspensión de la diligencia de lanzamiento, ocasionándose dilaciones con posible vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. De esta cuestión nos ocuparemos más adelante.

#### **4. El derecho a la vivienda en las normas civiles**

##### *4.1. Legislación civil y de Arrendamientos Urbanos*

La legislación civil se relaciona con el derecho a la vivienda en la medida que algunas de sus normas permiten garantizar la seguridad en la tenencia, que es uno de los componentes de este derecho. En tal sentido, las normas civiles (arrendaticias y no arrendaticias) suponen una forma de cumplimiento del deber de reconocimiento, respeto y protección que el art. 53.3 CE exige del legislador. Pueden contemplarse, en este sentido, todas aquellas normas que regulan y garantizan el respeto y protección de los derechos reales o personales que, en cuanto pueden tener como objeto (entre otros) una vivienda, otorgarán base jurídica y estabilidad al derecho del que tratamos, contribuyendo a satisfacer, de este modo, el derecho fundamental a la vivienda. Sin embargo, son aquellas normas civiles referidas de forma directa, expresa y exclusiva a la vivienda las que con más claridad manifiestan el reconocimiento y protección legal de este derecho.

Se sitúan en este segundo caso tanto las normas del Código Civil aplicables a la vivienda familiar como las normas de la Ley de Arrendamientos Urbanos que regulan de los arrendamientos de inmuebles (habitables) destinados a satisfacer la «necesidad habitual y permanente de vivienda». Las normas del Código Civil referidas a la vivienda familiar tienden a asegurar el derecho a la vivienda de quienes, no siendo en principio titulares de una relación jurídica (real o personal)

que les otorgue derechos sobre una vivienda determinada, la ocupen, sin embargo, por razón de su relación personal de afecto o parentesco con quien sí ostenta dicha relación jurídica, protegiendo su ocupación en caso de ruptura de la convivencia. Las normas arrendaticias sobre vivienda tienden a garantizar una duración mínima al arrendamiento, considerando las diferentes vicisitudes que pudieran afectarlo (como la enajenación de la vivienda arrendada por su propietario), al tiempo que, en la misma línea que las normas civiles, extienden dicha estabilidad temporal a quienes, pese a no ser titulares del contrato de arrendamiento, habitan el inmueble con fundamento en una relación personal con quien es su titular, garantizando sus derechos en el supuesto de crisis en la relación de convivencia o en caso de fallecimiento.

Nos limitamos, como en el apartado anterior, a dejar constancia del régimen jurídico-material de protección del derecho a la vivienda del que no pretendemos ocuparnos en detalle por alejarse de nuestro ámbito de estudio centrado en la protección jurídico-procesal del derecho a la vivienda en la fase de ejecución forzosa, es decir, con ocasión del lanzamiento. No obstante, puede ser interesante esclarecer en este momento las diferentes nociones legales del concepto de vivienda que se derivan de las normas materiales civiles, estableciendo su relación con las empleadas por la normativa procesal civil.

#### *4.2. Concepto legal de vivienda en las normas civiles.*

El concepto de vivienda queda delimitado por una función específica que sólo determinados bienes materiales pueden cumplir: la protección y aislamiento de un sujeto frente a su entorno. Tal protección o aislamiento satisface ya por sí una necesidad humana básica o fundamental por lo que el acceso al bien que la satisface es considerado un derecho humano básico. Por otra parte, la función que cumple la vivienda (el aislamiento frente al entorno) es, a su vez, indispensable o instrumental para la satisfacción de otras necesidades básicas como la preservación de la vida y la integridad física, la salud, la intimidad y, con base en ellas, el libre desarrollo de la personalidad, cada una de las cuales es considerada un bien jurídico objeto de derechos independientes; desde este

punto de vista la vivienda es un medio para la satisfacción de otros derechos (esta es la razón de que se hable de los derechos vinculados o relativos a la vivienda —*housing rights*— aludiendo a los derechos mencionados *sub especie* de su satisfacción a través de una vivienda)<sup>485</sup>.

La identificación de la vivienda a partir de la función expresada nos permite sostener una noción amplia de vivienda frente a otras más restrictivas que, sin embargo, pueden resultar adecuadas para otros fines. Analizaremos algunas de las notas que las leyes civiles atribuyen a la vivienda para determinar cuáles de ellas permiten delimitar el concepto de vivienda protegida por el art. 47 CE y, por consiguiente, si estas restricciones son aplicables a la vivienda protegida con ocasión del lanzamiento.

#### a) La vivienda como bien inmueble

Los bienes idóneos para cumplir la función que se atribuye a la vivienda (protección frente al entorno) pertenecen, como regla general, a la categoría de los bienes inmuebles por destino o por incorporación (frente a los bienes inmuebles por naturaleza: suelo y subsuelo), es decir, son edificaciones o construcciones unidas al suelo de modo permanente<sup>486</sup>. Sin embargo, hay que

---

<sup>485</sup> Sobre la consideración de la vivienda como soporte de necesidades básicas, sean biológicas, personales, sociales o ambientales, vid. BASSOLS COMA, Martín, «Derecho a la Vivienda: artículo 47», en AA. VV. (Alzaga Villamil, Oscar, dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. IV, Cortes Generales-EDERSA, Madrid, 1996, pág. 308. Afirma este autor que «esta pluralidad de fines que, a través del bien vivienda pueden alcanzarse explica que el Derecho constitucional [le] haya otorgado a través de su evolución una especial protección desde distintas vertientes»; vid., asimismo, relacionando la variedad de necesidades que cubre la vivienda con la variedad de derechos a ella vinculados, PISARELLO PRADOS, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción: el derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria, Barcelona, 2003, págs. 23 a 25.

<sup>486</sup> Según el art. 334 del CC son bienes inmuebles «1. Las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo. 2. Los árboles y plantas y los frutos pendientes, mientras estuvieren unidos a la tierra o formaren parte integrante de un inmueble. 3. Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto. 4. Las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de uso u ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo. 5. Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad, y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma. 6. Los viveros de animales, palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el

destacar que existen bienes muebles aptos para cumplir una función similar y, de hecho, constituyen la opción de algunos sujetos para satisfacer sus necesidades habitacionales: barcos y caravanas, principalmente<sup>487</sup>. En tal sentido, no vemos inconveniente en que se apliquen a estos bienes la protección constitucional que se otorga a toda vivienda frente al desalojo forzoso.

Es cierto que las normas que regulan el lanzamiento en nuestra LEC están orientadas a la coerción de una conducta de entrega relativa a un bien inmueble. Así se deduce de la rúbrica que ampara los artículos nucleares de su régimen (art. 703 «entrega de bienes inmuebles» y art. 704 «Ocupantes de inmuebles que deban entregarse»). Esta segunda norma especifica el uso habitacional de dicho inmueble abundando en su condición de continente capaz de servir de albergue o domicilio a las personas que lo ocupan (fincas urbanas: casas o edificios)<sup>488</sup>.

---

propietario los haya colocado o los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca, y formando parte de ella de un modo permanente. 7. Los abonos destinados al cultivo de una heredad, que estén en las tierras donde hayan de utilizarse. 8. Las minas, canteras y escoriales, mientras su materia permanece unida al yacimiento y las aguas vivas o estancadas. 9. Los diques y construcciones que, aun cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa. 10. Las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles».

<sup>487</sup> Según LLOPIS GINER, la «vivienda familiar» a los efectos de aplicación del régimen legal contemplado para ésta en el Código civil es aquel «lugar habitable en donde se desarrolla la convivencia familiar. De esta forma, quedan comprendidas cosas como la roulotte o un yate» (Llopis Giner, «La vivienda familiar: su protección registral», en AA. VV. (Clemente Meoro, Mario Enrique, coords.), *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en Homenaje al Profesor Celestino Cano Tello*, Tirant lo Blach, Valencia, 2002, págs. 333 a 362).

<sup>488</sup> En este sentido, ORTELLS RAMOS considera que «el concepto de bien inmueble a estos efectos no coincide con el del Código Civil, sino que se limita al suelo, subsuelo y edificaciones. Aunque el art. 703 se refiere genéricamente a que “el título dispondrá la transmisión o entrega de un bien inmueble”, es necesario determinar lo que deba entenderse por esta clase de bien, para precisar si es adecuada la actividad ejecutiva de este artículo y el siguiente» (Ortells Ramos, Manuel, *La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, La Ley, Madrid, 2005, pág. 149) y así: «la actividad ejecutiva regulada por los arts. 703 y 704 LEC es adecuada si el título ejecutivo impone directamente la entrega de la posesión de los llamados inmuebles por naturaleza (suelo y subsuelo) y de algunos inmuebles por incorporación (las edificaciones y construcciones —art. 334.1ª CC—). La razón principal de esta interpretación es que tanto el art. 703 como el 704 LEC presuponen en su regulación este concepto restrictivo. En unos apartados lo mencionan expresamente; así el art. 703.2 habla de finca y el art. 704.1, de vivienda. Todos los apartados de los artículos están aludiendo a un espacio material que contiene cosas —art. 703.1, párrafo segundo LEC— o está ocupado por personas, que habrán de ser desalojadas —arts. 703.2 y 3 LECiv» (Ortells Ramos, Manuel, en AA. VV., (González Pillado, Esther y Carrazoni Fuertes, María José (Coord.), *III Jornadas sobre la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. La ejecución*, Ilustre Colegio de Procuradores de Vigo, págs. 316 y 317; También en *La ejecución...*, cit., págs. 150 y 151).

Las normas aplicables (por aplicación analógica) para regular la entrega forzosa en el proceso de ejecución de aquellos bienes muebles cuya posesión se realice de forma muy similar a los inmuebles, esto es, mediante su ocupación de su interior (alojamiento), deben ser las propias de éstos (y no las propias de los bienes inmuebles). La consideración legal como bienes muebles de estas formas de «vivienda» no debe impedir que en estos casos les sean de aplicación las normas y principios propios del lanzamiento en cuanto los derechos en juego (el derecho de tutela efectiva del ejecutante —o su derecho de propiedad— y el derecho a la vivienda del demandando —y concordantes—) recibirán una tutela más apropiada a través de tales normas y principios procesales.

Del mismo modo, y en sentido contrario, la entrega de bienes inmuebles que lo sean únicamente por su destino o adscripción, cuando dicha entrega se produzca separadamente de la del bien principal al que se incorporan, recibirá mejor tratamiento mediante las normas de entrega de bienes muebles<sup>489</sup>.

#### b) La vivienda como edificación habitable

La Ley de Arrendamientos Urbanos define la vivienda como «edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario» (art. 2.1 1 LAU). De este modo, la consideración de un inmueble como «vivienda» a los efectos de calificar un arrendamiento como «arrendamiento de vivienda» (siéndole por ello aplicable el régimen específico que contiene la LAU) requiere de ciertas características físicas y administrativas añadidas a su condición de inmueble que permitan calificarlo como «edificación habitable». Dejando ahora de lado su consideración como «edificación» (que nos remite al concepto de inmueble por incorporación y, por consiguiente, al apartado anterior), nos ocupamos a continuación de la exigencia de habitabilidad.

---

<sup>489</sup> En este sentido, ORTELLS afirma que: «se aplicará el régimen de la ejecución para entrega de cosas muebles, para, por ejemplo, la tala y entrega de árboles, aunque sean inmuebles por incorporación (art. 334.2.º CC). O el de la ejecución de prestaciones de hacer o de no hacer si el título reconoce un derecho de servidumbre sobre bien inmueble, aunque el art. 334.10.º CC la considera bien inmueble por analogía» (*La Ejecución de Condenas no dinerarias en la LEC*, La Ley, Madrid, 2005, pág. 158). Para este autor, el concepto de vivienda habitual es, a estos efectos, un concepto jurídico indeterminado que debe integrar el Tribunal, sin que deban aplicarse, para concretarlo, normas establecidas para otros efectos jurídicos, como los tributarios (por ejemplo, el art. 55.1.3.º Ley 40/1998, de 9 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre la renta de las personas físicas).

La exigencia de habitabilidad implica la posibilidad de que espacios destinados a satisfacer la necesidad de vivienda (por tanto, «viviendas» a estos efectos) no cumplan las condiciones de habitabilidad exigidas para obtener administrativamente tal calificación<sup>490</sup> (siendo por esta razón calificadas como «infraviviendas»<sup>491</sup>). Tales inmuebles sin calificación administrativa de vivienda (infraviviendas) no podrán ser objeto del arrendamiento considerado «arrendamiento de vivienda» (pues no serán «vivienda» a los efectos de la LAU) ni les será, en consecuencia, aplicable su régimen especial protector del inquilino.

Es lógico que si el inmueble no sirve satisfacer el derecho «a la vivienda digna y adecuada» a que se refiere la Constitución (art. 47) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (art. 11), no deba ser objeto del régimen privilegiado calificado de «arrendamiento de vivienda», pues sería tanto como fomentar el alquiler de infraviviendas, al premiar la estabilidad de las relaciones contractuales relativas a dicho objeto (asegurando una duración mínima para ellas —arts. 9 y 10 LAU—, protegiendo al arrendatario en caso de enajenación frente al nuevo adquirente —art. 14 LAU—; permitiendo subrogaciones *mortis causa* —art. 16 LAU—; incrementado los derechos del cónyuge —arts. 7, 12 y 15 LAU—; e, incluso, haciéndose cargo los poderes públicos del depósito de la fianza arrendaticia) favoreciendo en definitiva dicha realidad. Por las mismas razones, no se puede autorizar la venta de viviendas (o la apertura de negocios) que carezcan de

---

<sup>490</sup> Requisitos y autorizaciones que son exigidos y regulados por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación y Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación, así como por la normativa de ordenación urbana autonómica y local.

<sup>491</sup> La Ley del derecho a la vivienda en Cataluña (Ley 17/2008, de 28 de diciembre) define la infravivienda (*infrabitatge*) como «el inmueble que, aun careciendo de cédula de habitabilidad y no cumpliendo las condiciones para su obtención, se destina a vivienda» (art. 3 f). El art. 44 establece, como medidas para enfrentar dichas situaciones de infravivienda: (1) programas de inspección y deben velar para evitar que inmuebles en situación de infravivienda sean vendidos, alquilados o cedidos como viviendas; (2) delimitación y declaración de ciertas zonas como áreas de conservación y rehabilitación; (3) declaración administrativa del inmueble como tal infravivienda e inscripción en el Registro de la Propiedad pudiendo implicar la prohibición de disponer; (4) pueden establecerse acuerdos de colaboración con las asociaciones y colegios profesionales que actúen en el mercado inmobiliario; (5) medidas adecuadas para acoger a las personas que ocupan estos inmuebles con contratos de alquiler o con cesión de uso para lo cual se deben adoptar programas y acuerdos de cooperación y colaboración con los servicios de atención social competentes.

las autorizaciones administrativas pertinentes acreditativas de su salubridad y habitabilidad<sup>492</sup>.

Ahora bien, no puede negarse que, lamentablemente, este tipo de inmuebles es el que sirven de hogar a algunas personas. Desde el punto de vista del Derecho constitucional la ocupación de estos inmuebles merece protección en tanto dichos inmuebles satisfagan, siquiera sea de forma incompleta, insuficiente o provisional, las necesidades habitacionales de sus ocupantes, al menos sus necesidades básicas de protección y amparo frente al entorno. Por ello, cuando un inmueble de estas características sirve de hogar a su ocupante la protección constitucional no desaparece: en la medida en que su privación suponga para la persona un riesgo mayor que el derivado de su permanencia subsiste el interés constitucionalmente protegido<sup>493</sup>.

En este sentido, el régimen procesal de entrega forzosa a través del lanzamiento, en cuanto debe garantizar los derechos relativos a la vivienda, está igualmente constreñido ante las situaciones expuestas. Podría decirse que el derecho a la vivienda puede satisfacerse, en ciertas condiciones extremas y siempre con

---

<sup>492</sup> Según LLOPIS GINER, la «vivienda familiar» a los efectos de aplicación del régimen legal contemplado para ésta en el Código civil excluye «los solares, las cabañas, las chozas, los carromatos, las tiendas de campaña, garajes, construcciones en ruina o no finalizadas, establos, almacenes, etc. Exclusiones que tienen su fundamento en el propio sentido de la vivienda que se utiliza en el texto constitucional, que exige una vivienda digna y adecuada, y todo lo citado antes no lo es» (Llopis Giner, «La vivienda familiar: su protección registral», cit., 2002, págs. 333 a 362).

<sup>493</sup> En sentido parecido ORTELLS sostiene que «si un inmueble es inapropiado para su uso como vivienda, pero, a pesar de ello, se le da ese uso, el régimen del art. 704.1 LECiv. es aplicable» («Ejecución de prestaciones no dinerarias», en Esther González Pillado y María José Carrazoni Fuertes (Coord.), *III Jornadas sobre la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. La ejecución*, Ilustre Colegio de Procuradores de Vigo, págs. 305 a 357), pág. 317; también en *La Ejecución de Condenas no dinerarias en la LEC*, La Ley, Madrid, 2005, pág. 158). Razonando desde otra perspectiva, SANTOS MARTÍNEZ relativiza igualmente las condiciones objetivas del inmueble, pues «desde una perspectiva subjetiva lo que define la vivienda es la voluntad de permanecer en ella, de realizar un uso continuado con la finalidad de servir como morada, de usarla como vivienda, como domicilio habitual; es decir, destinada de forma primordial a satisfacer las necesidades de vivienda de sus ocupantes. Este hecho hace replantearse la idea de que, aunque desde un plano objetivo un inmueble no reúna las condiciones de una vivienda, el uso que le diera su ocupante podría hacerle tributario de la consideración de vivienda habitual en aras de gozar del ámbito de protección que las normas le destinan» y al ocuparse de las normas procesales protectoras de la vivienda añade «nada debería impedir que estas reglas pudieran aplicarse también a aquellos inmuebles que, no reuniendo objetivamente las características de una vivienda, son usados por sus ocupantes como tales» (Santos Martínez, Albert M., *La ejecución del desahucio de vivienda*, Bosch, Barcelona, 2009, págs. 33 y 39).



carácter provisional, mediante bienes que no merezcan, legalmente, el calificativo de «viviendas». Las calificadas como «infraviviendas», pese a sus carencias o limitaciones materiales, pueden estar actuando, para personas concretas y en momentos concretos, al margen de lo deseable o idóneo, para satisfacer su derecho constitucional al abrigo o protección del entorno y, a través de éste, a la salud, a la integridad física, a la intimidad o a la protección debida a la familia o a la infancia. En estos casos, el principio de proporcionalidad, cuya puesta en juego tiene lugar en el curso del lanzamiento de vivienda (otorgando, por ejemplo, un plazo de permanencia previo a la práctica de la diligencia de lanzamiento; prorrogando dicho plazo; previendo la intervención asistencial de las Administraciones públicas), resultará igualmente adecuado y exigible respecto de estos espacios «no habitables».

Se excluye del anterior razonamiento, lógicamente, los casos verdaderamente extremos en que las condiciones de habitabilidad sean tales que supongan un riesgo mayor del que se trate de evitar con la protección de la ocupación de tal espacio<sup>494</sup>.

### *c) Vivienda habitual y vivienda permanente*

Al igual que el carácter habitable de la vivienda, el carácter «habitual» de la misma es exigido por diversas normas como requisito *sine qua non* para beneficiarse de la protección por ellas dispensada. El requisito de habitualidad es exigido en el art. 1320 CC para aplicar el régimen especial de disposición de la vivienda familiar que contiene. El art. 704 LEC de 2000 toma como supuesto de hecho la «vivienda habitual» para prescribir que se otorgue a su ocupante amenazado de lanzamiento el plazo de un mes (prorrogable) para su abandono. La Ley 20/2007, de 11 de junio, reguladora del Estatuto del trabajador autónomo establece en su art. 10.5 determinadas restricciones al embargo (y subasta) de la vivienda del trabajador autónomo siempre que constituya «su residencia habitual».

---

<sup>494</sup> En este sentido, la STS (Sala de lo Civil) de 13 de diciembre de 1993 (ponente: Alfonso Vilagómez Rodil) se pronuncia sobre el carácter no habitable de instalaciones para la crianza de ganado porcino (tomada de DOMÍNGUEZ LUELMO, y TORIBIOS FUENTES, *Ejecución hipotecaria de vivienda*, cit., 2010, págs. 59 y 60).

En nuestra opinión, se debe distinguir la habitualidad que acabamos de mencionar de la noción de permanencia empleada por la LAU. Esta última norma, para adscribir un contrato a la categoría de «arrendamiento de vivienda», exige que la «edificación habitable» que constituye su objeto esté destinada (con carácter primordial) a «satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario» —art. 2.1.1 LAU—. Debe notarse, como punto de partida, que la LAU comete un error conceptual (o semántico) al aplicar el calificativo «permanente» a la necesidad cuando la necesidad habitacional, al ser una necesidad humana básica, es permanente por definición. Lo que puede o no ser permanente es la adscripción o destino de un inmueble determinado a la satisfacción de dicha necesidad (en sí permanente). Por tanto, la expresión pretende aludir a los arrendamientos de vivienda destinados a satisfacer «de modo permanente» (estable o duradero y no ocasional) la necesidad de vivienda. Por ello, la LAU precisa (art. 3.2) que no son «arrendamientos de vivienda» (y por tanto no están privilegiados con unos plazos mínimos de duración del contrato a favor del arrendatario ni por otras garantías específicas en favor del ocupante que hemos mencionado) los arrendamientos de fincas urbanas destinadas (el destino o adscripción es lo relevante) a ser habitadas únicamente con carácter de «temporada» («sea esta de verano o cualquier otra»: por ejemplo, un curso escolar), de modo que, pese a tener los inquilinos su hogar en ellas (y satisfacer con ellas su necesidad —siempre permanente, insistimos— de vivienda) no lo hacen de modo estable o duradero (*a priori* indefinido) sino con vistas a su finalización más o menos previsible. Desde el punto de vista de la protección arrendaticia, la noción relevante es la de previsibilidad u horizonte temporal de permanencia, pues sin ella el privilegio fundamental que se ha de seguir para el arrendatario (la duración mínima del contrato —de cinco años—) deviene innecesario. Todo contrato que no requiera estabilidad por tener un horizonte de terminación propio (arrendamiento de temporada) no necesita la protección específica que proporciona el arrendamiento de vivienda con su duración mínima.

Sin embargo, aun cuando se ocupe un inmueble con un horizonte temporal definido, es decir, de forma no permanente, dicho inmueble satisfará durante dicho periodo la necesidad habitacional (siempre única y permanente) de quien la ocupa. Tal ocupación no permanente es, por consiguiente, el modo de

ejercicio del derecho a la vivienda durante dicho periodo (o encadenamiento de periodos) y tal vivienda es el objeto que permite a su ocupante proteger, durante un cierto periodo, su vida, su salud, su intimidad, etc. En tal sentido, al margen de que en estos casos no se reúnan las condiciones exigidas por la ley arrendaticia (permanencia) para garantizar una duración contractual mínima, esta vivienda no permanente puede merecer, sin embargo, protección (de rango constitucional) como soporte «actual» y real del derecho a la vivienda. Precisamente, esta segunda idea es la que se expresa, en nuestra opinión, con la noción de «habitualidad» y, en tal sentido, lo «habitual» no coincide necesariamente con lo «permanente» (en la terminología de la LAU). No alude la habitualidad a una proyección de uso futuro (una «adscripción» o destino<sup>495</sup>) sino a la realidad de un uso presente<sup>496</sup>; exigiendo, sin embargo, que dicho uso cubra la necesidad de amparo frente al medio de su ocupante (como ámbito para desarrollar su intimidad, su personalidad, su vida familiar), descartando

---

<sup>495</sup> No es lo que parece sostener LLOPIS GINER cuando considera que «el requisito de habitualidad en la vivienda [...] es difícil de determinar con seguridad, puede decirse con el común sentir de la doctrina que se trata del *animus perpetuo conmorandi*, es decir, no sólo está la permanencia en un lugar, sino que a ello debe unirse la intención de que sea considerado como el centro familiar, el referente familiar»; sin embargo, esta afirmación, que, en nuestra opinión, alude a la «permanencia», tal como la entiende la LAU, pero no a la «habitualidad», parece quedar luego desmentida cuando admite que no sea una sola la vivienda habitual, sino que puede haber una o varias.

<sup>496</sup> No se corresponde la expuesta con la noción «legal» y basada en presunciones que maneja el art. 68.1.3.º de la Ley 35/2006, de 38 de noviembre, del IRPF cuando dispone que «Se entenderá por vivienda habitual aquella en la que el contribuyente resida durante un plazo continuado de tres años. No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo aquel carácter cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurran circunstancias que necesariamente exijan el cambio de vivienda, tales como la separación matrimonial, traslado laboral, obtención de primer empleo o de empleo más ventajoso u otras análogas». Esta noción la reproduce el apartado primero del art. 54 del R.D. 439/2007, de 30 de marzo, añadiendo en su apartado segundo que «Para que la vivienda constituya la residencia habitual del contribuyente debe ser habitada de manera efectiva y con carácter permanente por el propio contribuyente, en un plazo de doce meses, contados a partir de la fecha de adquisición o terminación de las obras. No obstante, se entenderá que la vivienda no pierde el carácter de habitual cuando se produzcan las siguientes circunstancias: Cuando se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurran otras circunstancias que necesariamente impidan la ocupación de la vivienda, en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo. Cuando éste disfrute de vivienda habitual por razón de cargo o empleo y la vivienda adquirida no sea objeto de utilización, en cuyo caso el plazo antes indicado comenzará a contarse a partir de la fecha del cese». Esta noción tiene, obviamente, una función específica: delimitar con certeza absoluta el supuesto de hecho de las deducciones por inversión en vivienda habitual. DOMÍNGUEZ LUELMO y TORIBIOS FUENTES, reconocen que este concepto «no es trasladable directamente al que maneja el art. 693.3 LEC» aunque «buena parte de las cuestiones que surgen en la práctica vienen a coincidir» (en *Ejecución hipotecaria de vivienda*, cit., 2010, pág. 66).

ocupaciones no destinadas a una protección de esta naturaleza (vivienda destinada al ocio o al trabajo —existiendo otra que, en cambio, cumple la función habitacional—) o las que supongan sólo una ocupación habitacional alternativa, por existir otro inmueble donde se desarrolla la vida de dicha persona (vivienda principal), o fugaz, por hacer de la transitoriedad su característica definitoria (alojamiento en hoteles y otros establecimientos similares). A fin de cuentas, para determinar la habitualidad de una vivienda se debe considerar, en primer lugar, la función que cumple en la satisfacción de una necesidad habitacional (excluyendo usos no habitacionales); en segundo lugar, la estabilidad del uso que como tal vivienda se le atribuye (excluyendo usos fugaces) y, en tercer lugar, el carácter exclusivo y excluyente de dicho uso (excluyéndose los casos en que el ocupante dispone de dos o más viviendas susceptibles de recibir alternativamente el uso habitacional referido). La noción de vivienda habitual está, en nuestra opinión, próxima a la noción de domicilio pues, como éste, se vincula a la necesidad o bien jurídico a cuya protección se destina<sup>497</sup>. En este mismo sentido, la habitualidad que se predica de la vivienda familiar (a la que luego aludiremos) no impide la coexistencia de dos viviendas:

---

<sup>497</sup> En este sentido, es relevante la STEDH de 18 de noviembre de 2004 (caso Prokopovich c. Rusia). Prokopovich, ciudadana rusa, fue desalojada de la vivienda que ocupaba junto a su compañero al producirse la muerte de éste, pues la vivienda pertenecía a la empresa para la que trabajaba el difunto; la expulsión la realizó la policía sin orden judicial; el TEDH considera vulnerado el art. 8 del CEDH. El Gobierno discutía «que el derecho de la demandante al respeto de su domicilio estuviera en disputa porque su residencia en el piso en cuestión no se ha establecido legalmente. TEDH considera que «el concepto de “domicilio” en el sentido del artículo 8 no se limita a los que son legalmente ocupados o que han sido legalmente establecidos. “Domicilio” es un concepto autónomo que no depende de una clasificación en virtud de la legislación interna. Si una habitación concreta constituye o no un “domicilio” que pueda ser protegido por el artículo 8.1 dependerá de las circunstancias de hecho, esto es, de la existencia de vínculos suficientes y continuos con un lugar específico» (§ 36). Vid., asimismo STEDH de 25 de septiembre de 1996 (Buckley c. Reino Unido), § 42 y STEDH de 24 de noviembre de 1986 (caso Gillow c. Reino Unido), § 46). En sentido parecido la STC 22/1984, de 17 de febrero (ponente: Díez-Picazo y Ponce de León) afirma que la «idea de domicilio que utiliza el art. 18 de la Constitución no coincide plenamente con la que se utiliza en materia de Derecho Privado y en especial en el art. 40 del Código Civil como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones. Como se ha dicho acertadamente en los alegatos que en este proceso se han realizado, la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona. Por ello, existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y el registro en un domicilio (art. 18.2 de la Constitución) y la que impone la defensa y garantía del ámbito de privacidad (artículo 18.1 de la Constitución). Todo ello obliga a mantener, por lo menos prima facie un concepto constitucional de domicilio de mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico-administrativo» (FJ. 2).

«por ejemplo, si los padres viven en la población donde uno o ambos residen y ejercen su profesión y algunos hijos ocupan un piso en otra ciudad en la que cursan estudios»<sup>498</sup>, pues, en efecto, si coexisten dos necesidades habitacionales diferentes dos deben ser igualmente las viviendas habituales, aunque sólo exista una vivienda permanente.

La aplicación de la habitualidad (que no la permanencia) como factor determinante de la vinculación del derecho a la vivienda de una persona determinada con un inmueble concreto debe considerarse, en términos generales, oportuna, pues cabe convenir que el bien jurídico objeto de protección por el derecho a la vivienda<sup>499</sup> es (salvo casos excepcionales) un *único* espacio que pueda servir de referencia relativamente estable (habitual) a la persona en un momento determinado (la vivienda en un momento determinado de la vida de una persona) sin que pueda comprender situaciones en que la necesidad ya se encuentra satisfecha (al disponer de otra vivienda más estable) o en que la fugacidad de la ocupación es naturalmente incompatible con la pretendida protección<sup>500</sup>.

---

<sup>498</sup> LUCINI CASARES, Ángel, «La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 596, enero-febrero 1990, pág. 92 (siguiendo a Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida, en *Derecho de Familia*, Bosch, Barcelona, 1992, pág. 300).

<sup>499</sup> Entiende ORTELLS RAMOS, que «no basta con que el inmueble esté destinado, por sus características, a ser vivienda, sino que importa que efectivamente esté siendo utilizado como tal, y, además, de modo habitual» (Ortells Ramos, Manuel, «Ejecución de prestaciones no dinerarias», cit., pág. 317).

<sup>500</sup> En este sentido, la normativa estatal sobre Viviendas de Protección Oficial (R.D. 3148/1978, de 10 de noviembre) emplea la terminología «vivienda destinada a domicilio habitual y permanente» (art. 1) y precisa en su art. 3 que «Las viviendas de protección oficial habrán de dedicarse a domicilio habitual y permanente sin que, bajo ningún concepto, puedan destinarse a segunda residencia o a cualquier otro uso./ A tal efecto se entenderá por domicilio permanente el que constituya la residencia del titular, bien sea propietario o arrendatario, y sin que pierda tal carácter por el hecho de que este, su cónyuge o los parientes, de uno u otro, hasta el tercer grado, que convivan con el titular, ejerzan en la vivienda una profesión o pequeña industria doméstica, aunque sea objeto de tributación./ Asimismo se entenderá que existe habitualidad en la ocupación de la vivienda cuando no permanezca desocupada más de tres meses seguidos al año, salvo que medie justa causa./ La suspensión de la obligación de ocupar la vivienda que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 1027/1970, de 21 de marzo, asiste al emigrante, se extenderá por todo el tiempo que el mismo permanezca en el extranjero por razón de trabajo.». En este ámbito la distinción entre habitualidad y permanencia que realiza la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) de 28 de enero de 1993 (ponente: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez), se corresponde con lo que venimos afirmando pues considera que la noción de permanencia alude a «la dedicación o destino que ha de darse a la vivienda

*d) Vivienda familiar y vivienda compartida*

El concepto de vivienda familiar alude a aquel inmueble que sirve de vivienda a quienes en él conviven como familia. El carácter compartido (familiar) de la vivienda es expresión de la fórmula de convivencia y solidaridad elegida por quienes la ocupan —la familia— considerada digna de especial protección por su relevancia social. Se pretende que la fórmula de convivencia elegida —familiar— y el carácter compartido de la vivienda que ella determina no derive en perjuicio de ninguno de sus ocupantes, en particular de los que no siendo titulares de la relación jurídica que legitima la permanencia en la vivienda confiaron a la convivencia familiar la satisfacción de su necesidad.

Se contempla la vivienda familiar en el párrafo primero letra b) del art. 90 CC, relativo al convenio regulador de la separación nulidad o divorcio y en el art. 103, 2.<sup>a</sup> CC, relativo a las medidas provisionales a adoptar con vistas a las mencionadas situaciones. Por su parte, el art. 96 CC atribuye la vivienda al cónyuge y sus hijos dependientes<sup>501</sup>. Estas normas contemplan la vivienda familiar, paradójicamente, en aquellos casos en que la ruptura de la convivencia familiar obliga a atribuirla a algunos de sus miembros en detrimento de los

---

como residencia domiciliar», en tanto que la habitualidad alude «a su ocupación o utilización material [...]» (tomada de DOMÍNGUEZ LUELMO y TORIBIOS FUENTES, *Ejecución hipotecaria de vivienda*, cit., 2010, págs. 69 y 70).

<sup>501</sup> En este sentido, la STS (Sala de lo Civil) de 18 de octubre de 1994 (ponente Alfonso Villagómez Rodil) contempla un supuesto en que el convenio regulador aprobado judicialmente atribuía a uno de los cónyuges y sus hijos una vivienda familiar que había sido cedida en precario por el padre del cónyuge no atributario. Sostiene la sentencia la oponibilidad de la ocupación del adjudicatario de la vivienda frente al usufructuario (la esposa del propietario fallecido) y sus hijos (uno de ellos, el cónyuge del ocupante) diez años después del fallecimiento, afirmando que «las viviendas que así se ocupan rebasan el mero uso, goce o disfrute de espacios que sirven de morada humana, pues sin perder estos destinos, han de configurarse como medio patrimonial que cumple la continuidad de la vida familiar aunque fragmentada, pero con predominio tutelador de los intereses de los hijos matrimoniales, como muy directamente afectados y que no pueden resultar agravados, cuanto los actos de desposesión que pretenden los terceros recurridos, aparte de carecer de apoyo legal suficiente, se presentan directamente lesivos al servicio familiar que presta la vivienda en disputa y cuya posesión viene justificada, conforme queda dicho, por título suficientemente legítimo y eficaz, si bien subordinado siempre al de propiedad y que no es impeditivo del disfrute, a tenor del artículo 432 del Código Civil, resultando así explicado debidamente que la ocupación que detenta la recurrente y sus hijos se presenta procedente y genera el debido reconocimiento y protección de los Tribunales» (FJ 2.º).

demás. Persiguen su atribución equitativa, haciendo abstracción de a quién de ellos corresponda —originariamente— su titularidad<sup>502</sup>.

El art. 1320 CC se refiere, igualmente, a la «vivienda [...] de la familia»<sup>503</sup> así como el art. 91 del Reglamento hipotecario<sup>504</sup> para proteger al cónyuge no titular en supuestos de enajenación de la vivienda familiar perteneciente al cónyuge titular. Del mismo modo, el párrafo segundo del art. 1357 CC<sup>505</sup>, excepcionando

---

<sup>502</sup> Y debe recordarse, para precisar el concepto de familia que, según el TC, «nuestra Constitución no la ha identificado con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra, sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador y tuitivo con que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter social de nuestro Estado (arts. 1.1. y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen» (STC 222/92, de 11 de noviembre, ponente, Sr. Martínez Estay). Frente a este concepto dinámico y expansivo de familia existe otro más restrictivo cual el expresado por ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, para quien sería «aquella que constituye el ámbito habitual de desarrollo de las relaciones conyugales y de filiación» («Constitución y vivienda familiar», en AA. VV. (Viladrich Pedro-Juan, dir.), *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1986, pág. 49). En este sentido, si bien la protección que la LAU dispensa a la vivienda familiar contempla expresamente la convivencia no matrimonial, no lo hace así el art. 1320 CC (ubicado, en cambio, en sede de régimen económico matrimonial); en este sentido, LLOPIS GINER sostiene que «bajo el término “familia” debe considerarse incluida solamente la familia matrimonial y ello porque el artículo 1320 del Código se encuentra ubicado dentro de las normas del régimen matrimonial primario, como se ha dicho anteriormente, por lo que solamente a la familia fundada sobre el matrimonio con o sin hijos puede considerarse aplicable, y máxime cuando el propio precepto alude tan sólo a los cónyuges» (Llopis Giner, «La vivienda familiar: su protección registral», cit., 2002).

<sup>503</sup> Según MONTERO AROCA, en el Código Civil se alude a la vivienda familiar con expresiones muy diversas: «en el CC se contienen diversas maneras de referirse a lo que el artículo 96 llama “vivienda familiar”, y así pueden citarse los artículos 70 y 87, que aluden a “domicilio conyugal”, 82, 1.0, que habla de “hogar” y 1362, 1.1, II, de “hogar familiar”; los artículos 90, B), 91 103, 2.0 y 1357 reiteran la expresión “vivienda familiar”, el 1320 se refiere a “vivienda habitual”, y el 1406 “la vivienda donde tuvieren su residencia habitual”; por fin el artículo 93, II, alude a “domicilio familiar”. Todo este conjunto normativo, con ese caos terminológico, no está aludiendo a cosas diferentes» (Montero Aroca, Juan, *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales (la aplicación práctica del art. 96 del Código Civil)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, edición digital, apartado 1227, DROP\_2148).

<sup>504</sup> «Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno sólo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter» Redacción dada por el Real Decreto de 10 de octubre de 1984.

<sup>505</sup> Procedente de la Ley 11/1981, de 13 de mayo en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. El art. 91 III del Reglamento Hipotecario (introducido por Real decreto de 10 de octubre de 1984) establece la necesidad de acuerdo y nota marginal para hacer

la regla general contenida en su párrafo primero según la cual los bienes inmuebles adquiridos a plazos son privativos de quien los compró antes de comenzar la sociedad conyugal aun cuando su pago se haga con dinero ganancial, atribuye carácter parcialmente ganancial al inmueble así adquirido cuando se trate de la vivienda familiar. El art. 91 RH establece al respecto que «en las notas marginales en las que se hagan constar, con posterioridad, los pagos a cuenta del precio aplazado se especificará el carácter ganancial o privativo del dinero entregado», correspondiendo también a nota marginal hacer constar «la determinación de la cuota indivisa de la vivienda familiar habitual que haya de tener carácter ganancial»

La normativa arrendaticia no menciona la vivienda familiar, pero tiene en cuenta, sin embargo, la ocupación conjunta de un bien inmueble motivada por los lazos de afectividad entre sus ocupantes, estén éstos formalizados como matrimonio (a lo que alude el término cónyuges usado en los arts. 7, 12, 15 y 16 a) de la LAU) o como mera convivencia de hecho siempre que haya durado al menos dos años (las personas «en análoga relación de afectividad a la de cónyuge» a que aluden los arts. 12 y 16 b) LAU). La preocupación de la LAU por la vivienda compartida<sup>506</sup> (sea tal convivencia producto del matrimonio o de la mera afectividad por el tiempo indicado) aspira, como en los casos anteriores, a amparar el derecho constitucional a la vivienda de individuos cuya necesidad habitacional se satisface conjuntamente con la de otro u otros por integrarse en alguna de las descritas modalidades de vida en común (valoradas y protegidas

---

constar el alcance de la parte privativa y la parte ganancial.

<sup>506</sup> En la STS de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994/10330; ponente: Sr. Marina Martínez Pardo) se la define como «bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario» (FJ. 2.º), lo que MONTERO califica de *pseudo-definición*. Por su parte afirma que es «aquella en la que la familia, sean cuales fueran los integrantes de ésta, desarrollaban [...], su vida íntima, la que era el centro de la convivencia de los miembros de la familia» (*ibidem*).

SANTOS MARTÍNEZ destaca, no sin cierto tono crítico, que «parece casi inevitable que cuando se hable de vivienda no se añada el calificativo de “familiar”»; la crítica es acertada, pues «el inmueble que se destina a vivienda parece gozar de protección precisamente porque se usa como vivienda y no porque sea ocupado por una familia» (Santos Martínez, Albert M., *La ejecución del desahucio de vivienda*, Bosch, Barcelona, 2009, nota 20, págs. 32 y 33).



por el ordenamiento) sin que por ello sus derechos se vean perjudicados por la circunstancia de no ser todos ellos titulares de la relación arrendaticia<sup>507</sup>.

La dimensión de la protección a la vivienda familiar como protección de la familia (al impedir que la integración en la misma llegue a perjudicar los derechos habitacionales) explica y justifica ciertas normas como el art. 7 LAU, que defiende que el carácter «habitual» de la vivienda (necesario como hemos visto para mantener ciertos beneficios en cuanto al régimen del arrendamiento de vivienda se refiere) se pueda predicar de cualquiera de los integrantes de la familia, con independencia de su ocupación o no por el titular de la relación arrendaticia. Es decir, admite éste artículo que el titular del contrato no resida en la vivienda (por razones laborales, de enfermedad, por desavenencias con su pareja, etc.) mientras lo hagan, en cambio, su cónyuge o hijos dependientes. Del mismo modo, pueden interpretarse las normas que privilegian a los miembros de la familia que habitan el inmueble (admitiendo la subrogación del arrendatario por determinados familiares o allegados que hubieran convivido con él —art. 16 LAU—).

En el ámbito procesal el art. 704.1 LEC también se contempla el supuesto de desalojo de aquellos inmuebles que sirve de vivienda habitual a quienes no siendo ejecutados se hallen unidos al ejecutado por vínculos de «dependencia» («vivienda habitual del ejecutado o *de quienes de él dependan*»). Aunque tales vínculos incluyen obviamente los familiares (supuesto en el cual la dependencia

---

<sup>507</sup> En tal sentido VALPUESTA FERNÁNDEZ afirma que «la preocupación del legislador por la familia aparece cuando de una u otra forma la vivienda deja de estar destinada a ser la sede de la unidad familiar, bien porque el arrendatario titular no viva en ella de forma permanente como ocurre en el art. 7, o bien porque se ha producido la ruptura de la convivencia, ya sea por abandono del cónyuge o conviviente del arrendatario, art. 12, o porque se ha declarado la nulidad, separación o divorcio del matrimonio, art.15, bien, finalmente, porque ha fallecido el arrendatario, art. 16», matizando, con respecto al art. 12 que «aunque este artículo contempla otros comportamientos que no implican necesariamente la ruptura de la vida familiar, como son la renuncia a la prórroga o el desistimiento del contrato sin consentimiento del cónyuge o conviviente, dichas actuaciones individuales con riesgo para la pérdida del arrendamiento, ponen al menos de manifiesto una situación del matrimonio o de los convivientes que no se puede identificar con lo que debe ser la normalidad, que requiere, al menos una cierta comunicación de éstos en los asuntos que les afectan. No obstante, en la generalidad de los casos suponen un síntoma en la crisis de la pareja» (Valpuesta Fernández, María del Rosario, «La protección de la familia en la ley de arrendamientos urbanos», *Revista Jurídica de Cataluña*, Barcelona, 1996, año XCV, núm. 4, pág. 11).

se puede llegar a articular —caso de los hijos— a través de una potestad específica, la *patria potestas*), no se limitan a ellos. La LEC no precisa una razón, causa o finalidad específica de tal dependencia, por lo que también puede comprender empleados, invitados o cualquier otra persona cuya ocupación dependa (frente al propietario, frente al arrendador...) del poder jurídico del sujeto desalojado. La dependencia o sujeción debe entenderse referida al uso del inmueble (supuestos en que la legitimidad del uso por el ocupante depende del derecho o posición que ostentaba el ejecutado) pero no necesariamente tiene que ser una dependencia personal o laboral que puede existir (caso de los hijos menores o empleados) o no existir (casos del cónyuge o de invitados). La función de la norma es, más claramente aún que en otros supuestos analizados en párrafos precedentes, asegurar que los vínculos que proporcionaron en su día vivienda a las mencionadas personas (vínculos de solidaridad y de comunidad de vida —familiares o asimilados a éstos—, vínculos laborales o vínculos de amistad) no se vuelvan, en el momento del lanzamiento, en contra del propio derecho a la vivienda de tales sujetos, aminorando sus derechos constitucionales. A tales sujetos dependientes se les debe reconocer y otorgar, en lo que a su derecho a la vivienda se refiere, la misma protección que al sujeto pasivo de la ejecución y, en particular, se les debe otorgar el derecho a disponer del plazo de un mes para organizar su desalojo. La protección autónoma otorgada al ocupante «dependiente» la corrobora la conjunción disyuntiva empleada («o de quienes de él dependan»): es decir, la ocupación que resulta protegida por el plazo otorgado para el desalojo puede extenderse autónomamente a los ocupantes, pese a haberla abandonado ya su titular (o no haberla ocupado nunca).

Según lo hasta ahora expuesto, la vivienda familiar es un instrumento de protección del derecho a la vivienda de cada uno de los integrantes de la familia tanto en situaciones de crisis de dicha familia como en situaciones en que la «crisis» afecta a la posesión de la vivienda (lanzamiento), pues sólo vinculando la vivienda a cada uno de sus miembros se consigue la protección de todos ellos. En este sentido, la vivienda familiar protege el derecho a la vivienda, protección avalada por el art. 47 CE, en supuestos que no quedarían cubiertos de no ser por el concepto de vivienda familiar. Simultáneamente, esta protección ampliada a

todos los miembros de la familia es instrumento de protección y amparo de la propia familia en cuanto impide que esta forma de vida común pueda ser causa de incertidumbres (sobre la protección dispensada a la vivienda en caso de crisis de la familia o de la posesión de la vivienda) y favorece con ello la vida en común propia de la familia<sup>508</sup>. En este sentido, la vivienda familiar protege también el derecho a la familia avalado por el 39 CE.

Existen otros artículos de la LEC se refieren expresamente a la vivienda familiar estableciendo ciertos beneficios con ocasión de su ejecución. El art. 593.3.II LEC permite evitar la traba de la vivienda familiar a partir de la exhibición de un documento privado de transmisión de la propiedad de la vivienda (a diferencia de la norma general que exige la aportación de un documento público para obtener un efecto de igual inmediatez). Por otra parte, el artículo 693.3 LEC<sup>509</sup> autoriza —por una sola vez— la enervación unilateral de la ejecución hipotecaria que recae sobre la vivienda familiar mediante el pago de lo debido hasta el momento (rehabilitando con ello el préstamo hipotecario resuelto anticipadamente por impago). En estos supuestos, el legislador, al amparo de los

---

<sup>508</sup>En este sentido, VALPUESTA FERNÁNDEZ afirma que la vivienda «constituye la sede física en la que normalmente se desenvuelve la convivencia familiar, siendo esta última el vehículo idóneo para que la familia realice algunas de las funciones que le son propias: el cumplimiento de los deberes conyugales requiere que los cónyuges vivan juntos, art. 68 CC., salvo en los supuestos del art. 87.2 del mismo Código; el ejercicio de la patria potestad encomendado a los padres implica, entre otros deberes, el de velar por sus hijos y tenerlos en compañía, art. 154 CC; convivencia que también se puede dar entre otros parientes, como ocurre entre los ascendientes y descendientes o entre hermanos cuando se trata, como previene el art. 149 CC., de atender a su alimentación; en otro plano, la convivencia supone el presupuesto de un tipo de familia, como ocurre con la pareja de hecho, que basa su existencia precisamente en la realidad de la vida en común de los convivientes. Y es que, como hemos dicho, la convivencia de la familia facilita que esta cumpla con algunos de sus cometidos, como es el de procurar la asistencia y atención de los miembros que la integran en el marco de una vida en común, objetivos que comparte con el Estado Social de Derecho, que bien lo asume directamente, a través de prestaciones sanitarias, educativas, sociales... o procura su realización por parte de la familia, facilitándola mediante regímenes jurídicos protectores de sus intereses» (op. cit., págs. 10 y 11).

Como tal «vivienda al servicio de la familia» se puede entender protegida por las normas reguladoras del alzamiento del embargo de la vivienda habitual de la familia y de la hipoteca de vivienda familiar, de las que luego nos ocuparemos.

<sup>509</sup> Reformado por Ley 41/2007, de 7 de diciembre que introduce un nuevo apartado (admitiendo una segunda enervación pasados cinco años) y por Ley 13/2009, de 3 de noviembre (regulando con detalle la tasación y abono de las costas en este supuesto). Se ocupan monográficamente de este artículo DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés y TORIBIOS FUENTES, Fernando, *Ejecución hipotecaria de vivienda. Rehabilitación del préstamo y enervación de la acción*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

arts. 39 y 47 CE, aspira, como en los casos ya analizados, a proteger tanto el derecho a la vivienda como el derecho a la familia, si bien, tomando la especie por el género, hace alusión únicamente a la «vivienda familiar» (que aúna ambos bienes). No creemos, sin embargo, que esta norma pretenda excluir aquellos supuestos en los que el titular de la vivienda hipotecada o en curso de embargo no ha constituido familia alguna y, pese a ello, tiene en el inmueble su vivienda habitual. Cabe interpretar que la finalidad de la mención a la familia ha sido ampliar la protección incluso a los supuestos en que la vivienda está siendo disfrutada por los familiares que no son titulares de la misma (contemplando los posibles casos de ruptura de la convivencia), presuponiendo con ello que la protección se aplica (y sería el grado básico de protección) a la vivienda habitual, aun no familiar (aplicando, *mutatis mutandis*, la máxima «el que puede lo más puede lo menos», vale decir que «si se otorga la protección más intensa —al familiar no titular de la vivienda— hay que presuponer que se otorga también la menos intensa —al propio titular aunque no haya constituido familia—»). Ciertamente, la protección a la familia (art. 39 CE) podría justificar una interpretación restrictiva: que se trata de una norma de privilegio sólo para la familia que, efectivamente, excluye otros supuestos. Sin embargo, la protección dispensada constitucionalmente a derechos del mismo rango (la vivienda ex art. 47), hace plausible una interpretación que permita la extensión del privilegio a toda vivienda habitual (sea o no familiar)<sup>510</sup>. Finalmente, otra

---

<sup>510</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO y TORIBIOS FUENTES, llegan a esta conclusión, afirmando que «El calificativo de *familiar* aplicado a la vivienda en estos casos —a diferencia de lo que ocurre en el Derecho de Familia— puede inducir a confusión, porque no hay duda de que una persona que viva sola en su residencia habitual debe tener, respecto al inmueble que habite, los mismos derechos que si allí lo hiciera una familia»; utiliza este autor un criterio de interpretación sistemática afirmando que «la propia LEC contiene otros preceptos en sede de ejecución, que ponen de relieve esta idea y en los que se utiliza una terminología mucho más adecuada. En concreto, el artículo 704.1». Concluyen los autores citados que, en este sentido, «la referencia al carácter familiar de la vivienda debe ser entendida como posibilidad de que en el inmueble resida de forma habitual una familia, pero no como requisito necesario. Lo contrario conduce a resultados injustos y no queridos por el legislador» (Domínguez Luelmo y Toribios Fuentes, *Ejecución hipotecaria de vivienda*, cit., 2010, págs. 78 y 122, respectivamente). Sin perjuicio de lo cual, reconoce la protección extraordinaria de los miembros de la familia una vez terminada la convivencia por causa de fallecimiento del cónyuge, descendiente o ascendiente titular. En línea con lo expuesto en el texto consideran los autores que con el calificativo familiar se ha querido «añadir un plus de protección en los casos en que efectivamente vive en la vivienda también la familia del deudor, con independencia de las vicisitudes familiares o laborales que pueden haber provocado el que éste pueda ausentarse de dicha vivienda» (*ibidem*, págs. 122 a 127). Para la relevancia del concepto de vivienda familiar en supuestos de crisis matrimonial, *ibidem*, págs. 134 y 135.

forma de privilegio en garantía derecho a la vivienda (en este caso, en términos relativos y ciertamente modestos) es la introducida en la LEC por la Ley 37/2011, de 10 de octubre de medidas de agilización procesal (nueva Disposición Adicional Sexta). Consiste el «privilegio» en mantener en el 60% el porcentaje del valor de tasación por el que un acreedor se puede adjudicar la vivienda habitual del deudor en caso de subasta sin postores (art. 671 LEC) siendo así que el porcentaje se reduce al 50% para el caso de la adjudicación de otro tipo de inmuebles (DA Sexta).

Puede concluirse que la vivienda familiar (y, más débilmente, la vivienda compartida —con empleados, amistades— para el caso del art. 704 LEC) es considerada en nuestro Ordenamiento como una forma específica de satisfacción del derecho a la vivienda y, por ello, una forma de desarrollo del art. 47 CE. Podría decirse que es la «vivienda al servicio de la familia» (familia a la que se equiparan, a veces, otras formas de convivencia). El Ordenamiento procura, ante todo, que estas formas de satisfacción «colectiva» de la necesidad de vivienda no se vuelvan en contra del derecho (singular) a la vivienda de cada uno de los integrantes de dicha comunidad, sea por causa de crisis de la familia (arts. 96 CC, 15 LAU), desavenencias en la gestión de la vivienda (art. 1320 CC y 12 LAU), interrupción de la convivencia (art. 7 LAU), fallecimiento del familiar contratante (art. 16 LAU<sup>511</sup>) o lanzamiento (art. 704 LEC); garantiza también que la familia, como modalidad de convivencia, no soporte la carga de incertidumbre que para sus miembros no titulares supondría el riesgo de una menor protección en situaciones de crisis, siendo, en este sentido, una forma de promoción de la familia (art. 39 CE).

---

<sup>511</sup> La STC 222/92, de 11 diciembre, al pronunciarse sobre el derecho a la subrogación del conviviente *more uxorio* afirma que tal subrogación «es una de las posibles modalidades de realización del principio rector según el cual “todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada” (art. 47 CE), principio que exige del legislador (y de este Tribunal, al controlar sus normas) una atención específica a los imperativos que sobre él proyecta el artículo 14 de la Norma Fundamental. La subrogación es disponible para el legislador, pero, una vez instituida, no puede ser conferida con daño a la igualdad sin menoscabar, al propio tiempo, lo que prescribe el art. 47» (FJ. 6.º) declara por ello inconstitucional el art. 58.1 LAU/1964 por ser discriminatoria la diferencia que en éste se consagraba. La STC 89/1994, de 17 de marzo considera constitucional la prórroga arrendaticia urbana contenida en la LAU/1964 con base en el art. 47 CE (FJ. 6.º).

## 5. El derecho a la vivienda en las normas procesales.

### 5.1. Garantías de conservación.

#### a) Privilegium excusionis y privilegium ordinis

No contiene la LEC una prohibición de embargo de la vivienda, siquiera sea en términos relativos<sup>512</sup>. Tampoco se ha establecido en nuestro ordenamiento una figura similar al *bien de familia* que conocen otros ordenamientos y que permite la afectación de la vivienda a un específico régimen legal de protección que incluye su inembargabilidad<sup>513</sup>.

No obstante, de modo indirecto, el embargo de la vivienda puede quedar limitado tanto por el principio general de «suficiencia del embargo» expresado en el art. 584 LEC («no se embargarán bienes cuyo previsible valor exceda de la cantidad por la que se haya despachado ejecución, salvo que en el patrimonio del

---

<sup>512</sup> Según RIVAS TORRALBA, no se ha querido por parte del legislador dar el paso de declarar inembargable la vivienda habitual de la familia (Rivas Torralba, R., *Anotaciones al Embargo*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1994, pág. 186). Ni siquiera se considera por la Ley de enjuiciamiento civil que la vivienda habitual figure en último lugar de los posibles bienes embargables. Según LLOPIS GINER, «La dificultad para aceptar una medida como la que dice Rivas es que no se correspondería con los medios que el legislador ha fijado para el establecimiento del domicilio familiar, lo que obligaría a tomar medidas y establecer requisitos que contribuyesen a dar forma y publicidad a la elección del domicilio. Por ejemplo, la afectación a este fin de la vivienda no podría hacerse de forma tácita, sino que exigiría una forma expresa y pública, lo que indudablemente añadiría un obstáculo al tráfico en el mercado inmobiliario. De no hacerse así podría haber un aumento injustificado de domicilios familiares en búsqueda de la inembargabilidad del bien y en perjuicio claro de los acreedores» (Llopis Giner, «La vivienda familiar: su protección registral», 2002, cit.).

<sup>513</sup> Entre las que se sitúan la institución del *Homestead exemption* en algunos de los Estados Unidos de América (por ejemplo, vigente en Texas desde 1839 y contemplada actualmente en su Constitución y en el *New Texas Property Code*, TPC), la declaración voluntaria de inembargabilidad de la Ley francesa de 1 de agosto de 2003 (*Loi Dutreil*), el *bem de familia* del derecho brasileño, el *bien de familia* del derecho argentino (art. 14.bis de la Constitución Nacional de la República Argentina y Ley 14.934, de régimen de menores y bien de familia, de 14 de diciembre de 1954 —artículos 34 a 50—, desarrollada por diversos decretos); Sobre todo ello, con mención de figuras similares en el Derecho histórico español, vid. FUGARDO ESTIVILL, Josep M.<sup>a</sup>, «En torno a la protección del patrimonio familiar. Especial consideración del régimen jurídico del “bem de familia” en el derecho de Brasil», *Revista jurídica del notariado*, núm. 64, 2007, pags. 9-58; del mismo autor «La protección patrimonial familiar en el derecho argentino: el “bien de familia”», *La notaria*, núm. 28, 2006, pags. 17 a 76 y «La protección de la vivienda habitual mediante declaración voluntaria de inembargabilidad según la Ley francesa de 1 de agosto de 2003 (“Loi Dutreil”)», *La notaria*, núm. 21, 2005, pags. 19 a 38.

ejecutado sólo existieren bienes de valor superior a estos conceptos y la afectación de dichos bienes resultare necesaria a los fines de la ejecución»<sup>514</sup>) como por la regla contenida en art. 592.1 LEC según la cual «Si acreedor y deudor no hubieren pactado otra cosa, dentro o fuera de la ejecución, el tribunal embargará los bienes del ejecutado procurando tener en cuenta la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de ésta para el ejecutado». Ambas normas son expresión de la consagración legal un principio general de proporcionalidad<sup>515</sup> que tiene como guía interpretativa la dignidad de la persona<sup>516</sup>.

---

<sup>514</sup> Para DÍAZ MARTÍNEZ «siempre se ha considerado existente en nuestro Ordenamiento jurídico procesal una norma no escrita, frecuentemente denominada principio de proporcionalidad, según la cual la ejecución forzosa no ha de causar al sujeto pasivo de la misma más perjuicios de los estrictamente necesarios para la consecución del objetivo final, que no es otro que la satisfacción del interés del ejecutante reconocido en una resolución judicial firme. De ello deviene la necesidad de que el ejecutor y el ejecutante mantengan una actitud mesurada a lo largo de todo el proceso, no permitiendo el primero ni instando el segundo el embargo de elementos patrimoniales que ostensiblemente excedan del valor de la responsabilidad que pretende hacerse efectiva, principio ahora recogido en el art. 584 LEC, disponiendo en otro caso el ejecutado de la facultad de solicitar la reducción del embargo» (Díaz Martínez, Ana, *La Ejecución Forzosa sobre Inmuebles...*, cit., 2001, pág. 45). Vid. también, en este sentido, CASERO LINARES, «Comentario a los arts. 589 a 591», en AA. VV. (Garberí Llobregat, dir.), *Los procesos Civiles. Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil con formularios y jurisprudencia*, t. IV, Barcelona, Bosch, 2001, pág. 816). La función de *privilegium ordinis* en la protección del deudor puede verse en CARRERAS LLANSANA, Jorge, *El embargo de bienes*, Barcelona, Bosch, 1957, págs. 209, 236 y 237.

<sup>515</sup> Señala DÍAZ MARTÍNEZ que «del mismo principio básico de la ejecución a que hacemos alusión [principio de proporcionalidad] deriva la exigencia de que el ejecutante carezca de libertad omnímoda para elegir a efectos de embargo, dentro del patrimonio del ejecutado, aquellos elementos cuya realización podría causar a éste mayores perjuicios, pese a que el art. 589 LEC presuponga que el señalamiento de los bienes del deudor le corresponde inicialmente a él, pues sólo cuando no lo haga deberá el tribunal, de oficio, requerir al ejecutado para que realice la manifestación de sus bienes. A evitar este efecto lesivo para el ejecutado, pero paralelamente a tutelar el interés del ejecutante, facilitando el embargo de aquellos bienes cuya realización forzosa sea más fácil, lo que a su vez da satisfacción al principio de economía procesal, está orientado el art. 592 LEC» (*ibidem*). Con la prohibición de abuso de derecho lo relaciona RAMIRO PODETTI cuando previa cita de CARAVANTES (Tratado Histórico, T. III, pág. 312), quien, aludía como razones del orden establecido para el embargo «no aumentar la aflicción y penuria del deudor, con la venta de los bienes cuya conservación pudiera serle más útil, ya para asegurar al acreedor el pago de su crédito, con el embargo de los bienes que tienen más fácil salida» añade, de su parte, que «no debemos olvidar que no debe tolerarse el abuso de su derecho por parte del acreedor, norma jurídica y de equidad que se ha desarrollado extensamente por los civilistas y que no puede dejar de ser tenida en cuenta por los procesalistas dada la unidad del orden jurídico [...] ante lo sostenido por la teoría del abuso del derecho, considero que tampoco pueden embargarse, como ya he señalado, bienes que en conjunto sean manifiestamente insuficientes para hacer frente a los gastos de su ejecución y pagar, así sea parcialmente, el crédito reclamado» (Podetti, Ramiro, *Tratado de las ejecuciones*, Ediar, Buenos Aires, 1997, tercera edición, pág. 211).

<sup>516</sup> En este sentido, SUÁREZ ROBLEDANO señala, en relación con los bienes y derechos inembargables, que su norte «indudablemente, ha de guiarse por el principio constitucional del respeto a la dignidad de las personas contenido en el art. 10 de nuestra Constitución» (Suárez Robledano, José

Como forma singular de protección canalizada a través del *privilegium excusionis* (frente a deudas tributarias y de la seguridad social) puede señalarse el caso particular de la vivienda del trabajador autónomo. El art. 10.5 de la Ley 20/2007, de 11 de junio, reguladora del Estatuto del trabajador autónomo establece que

«A efectos de la satisfacción y cobro de las deudas de naturaleza tributaria y cualquier tipo de deuda que sea objeto de la gestión recaudatoria en el ámbito del Sistema de la Seguridad Social, embargado administrativamente un bien inmueble, si el trabajador autónomo acreditara fehacientemente que se trata de una vivienda que constituye su residencia habitual, la ejecución del embargo quedará condicionada, en primer lugar, a que no resulten conocidos otros bienes del deudor suficientes susceptibles de realización inmediata en el procedimiento ejecutivo [...]»<sup>517</sup>.

b) Alzamiento del embargo de «vivienda familiar».

El art. 593.3.LEC<sup>518</sup> ha previsto, en su párrafo segundo, un mecanismo privilegiado para evitar, en el curso de un proceso de ejecución, el embargo de la vivienda familiar de un tercero y la ulterior carga para su titular o titulares de acudir a una tercería de dominio para alzarlo (art. 594 LEC). En principio, los titulares de una vivienda embargada en el curso de un proceso de ejecución en el que son terceros se verían en la tesitura de tener que soportar el embargo (y la carga de acudir a una tercería de dominio para alzarlo) por no haber registrado en su día su adquisición de la vivienda y, por consiguiente, no poder oponer al embargo una inscripción registral (tercería registral ex art. 393.3.I LEC y art. 38.3.º LH)<sup>519</sup>. Como excepción al sistema descrito, en defensa de la familia y del

---

Manuel, «El embargo y los terceros ocupantes», en *La Ejecución provisional, la ejecución de títulos extrajudiciales y la ejecución de sentencias de la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, pág. 150).

<sup>517</sup> El Informe de la Comisión de Expertos designada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales para la elaboración de un Estatuto del Trabajador Autónomo (puede consultarse en *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm. 86 (2006), págs. 119 a 240) proponía la inembargabilidad tanto de la vivienda habitual como del automóvil.

<sup>518</sup> Este párrafo fue añadido durante la tramitación en el Congreso del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil al incorporarse al informe de la ponencia una enmienda transaccional a la núm. 513 del partido socialista que no contenía tal regulación.

<sup>519</sup> Como señala MONTERO, «un supuesto muy frecuente en la práctica que ha dado lugar durante la vigencia de la LEC de 1881 a numerosas tercerías de dominio: es el caso de la vivienda que se enajena en un documento privado antes del embargo pero que aparece todavía inscrita en el Registro de la



derecho a la vivienda, los titulares de «vivienda familiar» pueden evitar el embargo con dos condiciones: (1) que la titularidad pueda acreditarse mediante un documento (público o privado) y (2) que el acreedor ejecutante así lo consienta<sup>520</sup>. En nuestra opinión, por las razones ya expuestas *supra* al tratar de la enervación de la ejecución hipotecaria por el titular de vivienda que la ocupa individualmente y no como integrante de una familia<sup>521</sup>, la regla es aplicable a la vivienda habitual aun cuando no sea «vivienda familiar».

### c) Notificación del embargo de la vivienda familiar.

Conforme establece el art. 144.5 del RH (en su redacción por R.D. 1867/1998, de 4 de septiembre) no puede anotarse el embargo sobre la vivienda familiar que como tal conste inscrita en el Registro de la Propiedad sin que se acredite previamente haber notificado al cónyuge del titular el mandamiento de embargo o bien se acredite que la vivienda ya no tiene carácter de vivienda familiar.

### d) Enervación de la ejecución hipotecaria<sup>522</sup>

El párrafo segundo del art. 693.3 LEC<sup>523</sup> permite enervar la ejecución hipotecaria de vivienda familiar mediante el pago o consignación, antes del día señalado para

---

Propiedad a favor del anterior propietario, normalmente una entidad promotora o constructora contra la que se sigue un proceso de ejecución que ha dado lugar a que se solicite y acuerde el embargo de los bienes inscritos a su nombre» (Montero Aroca, *La Tercería de dominio*, 2004, t. II, pág. 1567).

<sup>520</sup> REDONDO GARCÍA sugiere (*lege ferenda*) que «el mismo tratamiento establecido para este supuesto, por la especial significación que para el deudor y su familia tiene la “vivienda familiar” (concepto que hace referencia a la vivienda utilizada efectivamente como techo del deudor y su familia), podría establecerse con carácter general para que el deudor pueda librar sus bienes, los cuales, aunque no sea la vivienda, pueden tener una significación económica e incluso afectiva no inferior al de la propia vivienda (piénsese en el inmueble utilizado como estudio o despacho para ejercer la profesión liberal o el oficio artístico del deudor) (Redondo García, Fernando, *La entrega de la posesión en los procedimientos de ejecución de inmuebles*, Marcial Pons, Barcelona, 2003, pág. 166).

<sup>521</sup> En este sentido, como ya se ha dicho, vid. DOMÍNGUEZ LUELMO y TORIBIOS FUENTES, *Ejecución hipotecaria de vivienda*, cit., 2010, pág. 78.

<sup>522</sup> También se ha calificado esta figura de «rehabilitación del préstamo».

<sup>523</sup> Este párrafo fue incorporado en la LEC durante la tramitación parlamentaria en el Senado, como resultado de la aprobación de la enmienda n.º 388 del Grupo Parlamentario CiU con la escueta justificación de «establecer la posibilidad expresada en la enmienda». Para limitar a una sola vez la citada enervación (no pudiendo reiterarse hasta haber transcurrido cinco años) se reformó el artículo con ocasión de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia.

la celebración de la subasta<sup>524</sup>, «de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte» (párrafo primero). Posibilidad que no puede reiterarse en una segunda ocasión hasta transcurridos cinco años (párrafo segundo). Si el deudor efectuase el pago en las condiciones expresadas, «se liquidarán las costas y, una vez satisfechas éstas, el tribunal dictará providencia declarando terminado el procedimiento. Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante» (párrafo cuarto).

La finalidad de la norma, como en los casos expresados en epígrafes anteriores, es privilegiar la vivienda habitual frente a otros inmuebles hipotecados en defensa de la familia y del derecho a la vivienda: para poder enervar la ejecución hipotecaria cuando el inmueble hipotecado no constituya la vivienda familiar se exige la autorización del acreedor (art. 693.3.I LEC) mientras que en el caso que nos ocupa, basta la voluntad del deudor.

Aunque el artículo 693.3. II LEC señale al deudor como posible autor del pago, debe entenderse que pueden hacer el pago enervante tanto el deudor hipotecario como el hipotecante no deudor así como el tercer poseedor (si frente a él se dirige la ejecución)<sup>525</sup>. En nuestra opinión, también es posible que el pago pueda realizarlo

---

<sup>524</sup> Para MARTÍNEZ DE SANTOS esta peculiar enervación sólo es posible en el proceso especial de ejecución hipotecaria: «a mi entender la especialidad prevista en el art. 693.3 de la LEC es únicamente aplicable en el conocido como juicio sumario hipotecario y no puede extenderse al proceso de ejecución común u ordinario (la ejecución dineraria) [...] si la hipoteca se ejecuta en el proceso de ejecución común no es posible acudir a las particularidades del Capítulo V, remisión que no está prevista legalmente [...] (Martínez de Santos, Alberto, «La liberación de la vivienda familiar en la ejecución hipotecaria», *Actualidad Civil*, núm. 15, de 13 abril de 2003, pág. 363).

<sup>525</sup> Según MARINA MARTÍNEZ-PARDO, «suele coincidir, en general, la doctrina cuando define a los sujetos de la relación hipotecaria. Por una parte se encuentra el acreedor hipotecario, que es el titular de la garantía y, por otra, el deudor, también conocido como hipotecante, es el sujeto pasivo de la hipoteca y suele ser el propietario de los bienes afectos a ella; el hipotecante no deudor es quien concurre al acto de constitución de la hipoteca ofreciendo un bien propio en garantía de una deuda ajena por lo que ésta no le obliga personalmente y, el tercer poseedor es el adquirente de todo o parte de la finca o derecho real hipotecado, que reúne la condición de tercero porque no está personalmente sujeto al cumplimiento de la obligación garantizada, ni participó en la constitución de la hipoteca. A todos ellos se refiere el art. 685.1 de la LEC cuando establece que la demanda ejecutiva deberá

aquel familiar no deudor que habita en la vivienda (por ejemplo, su cónyuge) sin necesidad de obtener autorización del acreedor: se trataría de una excepción a la exigencia de autorización por el ejecutante al pago por tercero regulado en el párrafo final del art. 693.3 LEC. Dicha excepción se deduce de la propia regla contenida en el art. 693.3. I LEC: si no se exige la conformidad del acreedor con la enervación de la ejecución como forma de favorecer a la familia y el derecho a la vivienda de quienes la integran, resulta coherente que tampoco se requiera la conformidad del acreedor respecto a la identidad del sujeto que hace el pago siempre que se trate de uno de los familiares favorecidos por la norma<sup>526</sup>.

Entendemos, asimismo, que la referencia a la protección a la vivienda familiar es extensible a la vivienda habitual del ejecutado que, no habiendo formado familia, satisface su derecho a la vivienda en el inmueble objeto de la hipoteca. Las razones que nos llevan a la anterior conclusión ya han sido expuestas.

---

dirigirse contra el deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes. Cuando de la ejecución se trata, aparece un nuevo concepto, el de ejecutado, que puede o no reunir los de deudor, hipotecante no deudor y de tercer poseedor. [...] De la relación de unos y otros conceptos viene a concluirse que el “deudor” al que se refiere el art. 693.3 de la LEC no tiene por qué ser únicamente el deudor hipotecario. [...] El deudor debe ser el ejecutado y, por tanto, quien ostente la legitimación pasiva en la ejecución tiene el derecho de consignar liberando el bien. [...] atribuyéndose la legitimación pasiva a la persona contra la que se despacha ejecución (art. 538.1 de la LEC). Aún más, si examinamos la voluntad del legislador cuando introdujo el apartado 3 del art. 693 de la LEC fácilmente colegimos que la finalidad de la norma es la de evitar la pérdida de la vivienda por la imposibilidad de hacer frente a lo reclamado en la ejecución y, en la búsqueda de tal objetivo se comprende que únicamente se hiciera alusión al “deudor”, pues no en vano suele darse la coincidencia de “deudor” y “deudor hipotecario” en un porcentaje muy alto de ejecuciones, pero ello no significa, ni impide, que en el término “deudor” no pueda entenderse referida al “ejecutado”». (Marina Martínez-Pardo, J., «De la ejecución de la sentencias de desahucio», en AA. VV. (Albacar López, J-L, dtor.), *Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y Jurisprudencia* (4.ª ed), Madrid, 1994, págs. 367 y 368).

<sup>526</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO y TORIBIOS FUENTES afirman que «la facultad rehabilitadora ha de alcanzar, siempre y cuando estemos ante una vivienda familiar, a cualquiera de los integrantes de la relación hipotecaria, esto es, al deudor, al hipotecante no deudor y al tercer poseedor pues, especialmente respecto de estos dos últimos, ningún sentido tiene que, consintiendo el hipotecante no deudor que sobre un bien propio se garantice una deuda ajena a la que no está obligado personalmente, y el tercer poseedor en cuanto es adquirente de un inmueble total o parcialmente hipotecado, vean restringida su facultad rehabilitadora, *máxime si la finalidad legislativa última es proteger la vivienda familiar*» y, con relación a los terceros ajenos a la relación hipotecaria, «Incluso en estos supuestos nos mostramos partidarios de admitir la enervación, si bien sometiéndola a la previa aprobación judicial cuando, a su juicio, estime que las circunstancias concurrentes lo justifican y que, además, *el tercero ostenta un interés legítimo a la enervación pretendida*»; (Domínguez Luélmo y Toribios Fuentes, *Ejecución hipotecaria de vivienda*, cit., 2010, pág. 162; el subrayado es nuestro; vid. págs. 161 a 163).

### e) Enervación del desahucio

La enervación del desahucio por falta de pago de la renta (arts. 22.4, 439.3 y 440.3 LEC) es un privilegio específico que corresponde al arrendatario de finca urbana en los procesos de desahucio por falta de pago la renta. El arrendatario puede en tales casos evitar el desahucio si paga a su arrendador las cantidades debidas. No es condición para poder optar a la enervación que el arrendamiento sea de vivienda y, menos aún, que esta sea habitual o familiar por lo que cualquier arrendatario de finca urbana, incluido el de locales, el de vivienda de temporada o el arrendatario de finca rústica podrá acogerse al privilegio de la enervación.

Esta institución jurídica, procedente de la legislación especial arrendaticia (desde el Decreto de Alquileres de 1931<sup>527</sup> para los arrendamientos urbanos y heredada por las distintas leyes especiales arrendaticias de 1947, 1956 y 1964<sup>528</sup>), fue incorporada a la legislación procesal común a través de la Ley 46/1966, de 23 de junio (art. 1563 de la LEC/1881), habiendo sufrido desde entonces constantes modificaciones para evitar que se convirtiera en un instrumento de abuso en manos de los arrendatarios<sup>529</sup>. En este sentido, se ha ido anticipando progresivamente el *dies ad quem* para el pago enervatorio, pasando del momento anterior al acto o diligencia material de lanzamiento (en clara confusión con la figura de la rehabilitación), pasando por el momento anterior a la celebración del juicio (art. 22.4 LEC/2000, en su versión original) hasta llegar a los diez días siguientes al requerimiento monitorio de pago —que coincide con la citación a juicio— (Ley 37/2011).

---

<sup>527</sup> Según el art. 4 de este Decreto «[...] El inquilino podrá evitar el desahucio consignando el descubierto en el Juzgado dentro del término de tercero día, contado desde el siguiente al de la citación [...]». Sin embargo, tal enervación, también denominada «purga», puede rastrearse en el sistema previo a la codificación tal como señalaban Escriche y Arrazola.

<sup>528</sup> Art. 161, letras a) y b) LAU/1947; arts. 124 y 147.1ª LAU/1956 y LAU/1964.

<sup>529</sup> La LEC/1881 fue modificada por la DA 5.ª de la LAU de 1994 (introduciendo la posibilidad de impedir la enervación mediante una reclamación extrajudicial de cuatro meses de antelación al juicio). Ya en la LEC/2000, la enervación fue modificada por las leyes 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (reduciendo de cuatro a dos meses la antelación necesaria para que la reclamación extrajudicial de rentas impida la posibilidad de enervación), Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios (reduciendo los citados dos meses a uno, extendiendo la enervación a los arrendamientos rústicos y regulando una audiencia para que el arrendador pudiera oponerse a la enervación) y Ley 37/2011, de 10 de octubre (para adaptar la figura a las nuevas funciones del Secretario judicial).

También se han ido limitando las veces que podía acudir al citado expediente enervatorio (hasta llegar a la única enervación que permite el art. 22.4 LEC/2000). Asimismo, se han establecido mecanismos para que el arrendador pueda impedir al arrendatario el recurso al mecanismo enervatorio (requiriéndole extrajudicialmente con una cierta antelación a la presentación de la demanda —que en la versión inicial de la LEC la antelación exigida era de dos meses y fueron luego reducidos a sólo un mes, tras la ley 19/2009—).

#### f) Rehabilitación del contrato

La rehabilitación supone un privilegio de mayor repercusión jurídica que la enervación pues implica dejar sin efecto una sentencia (incluso firme) devolviendo vigencia al contrato de arrendamiento ya extinguido en virtud de la misma. Al igual que la enervación, la rehabilitación del contrato de arrendamiento (una vez extinguido éste merced a la sentencia de desahucio) habría desaparecido de la legislación arrendaticia tras la LAU de 1994 sin ser transferida en este caso (a diferencia de lo que ocurrió con la enervación) a la LEC de 1881 ni recuperada luego por la LEC de 2000<sup>530</sup>. Sin embargo, la rehabilitación ha retornado a través de la legislación concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio), para el limitado supuesto que expresa el art. 70 de dicha ley. A diferencia de los supuestos de rehabilitación que contemplaba nuestra legislación histórica, la razón de ser de la vigente rehabilitación concursal no es la garantía de un derecho fundamental del ocupante del inmueble (sea éste destinado a vivienda o, como será más habitual, a fines comerciales o industriales) sino la garantía de una buena gestión de la masa de la quiebra y, por extensión, del interés de los acreedores.

#### 5.2. *Garantías de procedimiento.*

A diferencia de los mecanismos descritos en el apartado anterior, orientados a preservar el derecho a la vivienda evitando el lanzamiento de sus ocupantes, las

---

<sup>530</sup> Desoyéndose la enmienda de CiU en tal sentido. En efecto, durante la tramitación parlamentaria del proyecto de LEC el Grupo Parlamentario Catalán (CiU) propuso en el Congreso la enmienda núm. 1059 para regular la enervación y rehabilitación en procesos de desahucio por falta de pago de fincas urbanas (y, en armonía con ésta, la enmienda 1366 relativa a la ejecución de desahucio de fincas rústicas). Vid. BOCG, Serie A, número 147-9, de 26 de marzo de 1999.

normas que a continuación nos ocupan pretenden que la privación de la vivienda se realice en condiciones que preserven el derecho a la vivienda aun cuando se termine consumando el desalojo.

Puede parecer paradójico que aquel que no tiene derecho a permanecer en el inmueble que ocupa como vivienda (hasta el punto de quedar sometido a un proceso de ejecución) sea al mismo tiempo beneficiario de garantías procedimentales dirigidas a preservar su derecho a la vivienda. La paradoja se resuelve si consideramos que los derechos relativos a la vivienda, en cuanto derechos humanos protegidos constitucionalmente, se pueden distinguir del derecho al inmueble concreto que un momento determinado los satisfacen. La falta de derecho sobre un inmueble determinado no suprime los derechos relativos a la vivienda del ejecutado. Tales derechos perviven y puede condicionar la ejecución, modalizando la actuación del derecho del ejecutante, conformando su ejercicio en modo tal que no se destruya o resulten gravemente afectados sus derechos por una ejecución innecesariamente expeditiva. Si bien la privación del inmueble a cuya ocupación ya no tiene derecho el ejecutado es, en sí misma, una exigencia jurídica indeclinable, amparada por derechos fundamentales de los que es titular el acreedor ejecutante (como el derecho a la tutela judicial efectiva o el derecho a la propiedad privada), tal exigencia debe ponderarse, a través del principio de proporcionalidad, con los derechos fundamentales del deudor. La exigencia de ponderación se traduce en normas procedimentales de las que seguidamente nos ocupamos.

#### a) El plazo especial de desalojo del ocupante de vivienda

Los ocupantes de un inmueble que tengan en el mismo su vivienda habitual disponen, de acuerdo con el art. 704.1 LEC<sup>531</sup>, de un mes de plazo (prorrogable por

---

<sup>531</sup> «Cuando el inmueble cuya posesión se deba entregar fuera vivienda habitual del ejecutado o de quienes de él dependen se les dará un plazo de un mes para desalojarlo. De existir motivo fundado, podrá prorrogarse dicho plazo un mes más» (art. 704.1 LEC/2000).

Un plazo más generoso concede, en el ámbito del procedimiento administrativo de ejecución, el art. 10.5 de la Ley 20/2007, de 11 de junio, reguladora del Estatuto del trabajador autónomo, además de establecer un privilegio de excusión de bienes previo al embargo de la vivienda garantiza «[...] que entre la notificación de la primera diligencia de embargo y la realización material de la subasta, el concurso o cualquier otro medio administrativo de enajenación medie el plazo mínimo de un año. Este plazo no se interrumpirá ni se suspenderá en ningún caso, en los supuestos de

otro más) para proceder a su abandono<sup>532</sup> antes de ser desalojados mediante una actuación más expeditiva del tribunal. Este plazo pretende alcanzar un equilibrio entre la protección del derecho a la vivienda y la eficacia de la ejecución forzosa. Por una parte, el derecho a la vivienda (y los derechos a ella vinculados) se menoscaban en menor medida si el ocupante u ocupantes disponen de un tiempo razonable para tomar sus propias decisiones respecto a su nuevo acomodo (sea acudiendo al mercado de vivienda en alquiler o a las redes de solidaridad familiar o social a las que puedan tener acceso), respecto a la fecha de desalojo (eligiendo el momento menos perjudicial atendidas sus circunstancias personales o laborales o el momento más idóneo para los terceros que, en su caso, puedan proporcionarles ayuda, secuenciando su salida del inmueble, etc.) o respecto de la forma concreta de realizar el desalojo (contratando libremente servicios de mudanzas, ocupándose de ella por sí mismos o acudiendo, también en este caso, a redes familiares o sociales de ayuda para procurarse estos servicios), etc. Por otra parte, mediante el señalamiento de un plazo, el derecho del ejecutante a disponer del inmueble que le corresponde con base en el título ejecutivo no se dilata de modo indefinido o indeterminado.

El plazo del que tratamos tiene, por consiguiente, una función compleja. Por una parte, es un plazo establecido en garantía de los derechos relativos a la vivienda del ocupante. En este primer sentido, para el ocupante es un plazo otorgado en garantía de su derecho (a la vivienda, a la vida privada, a la integridad física, etc.); este sentido del plazo era el reflejado por la terminología clásica que, si bien desde una concepción ajena a la consagración constitucional de los derechos fundamentales, denominaba a estos plazos «plazos de gracia» o «plazos de humanidad». Por otra parte, es un plazo al servicio de la ejecución (en beneficio, en cierto modo, del ejecutante); en este segundo sentido hay que destacar que durante su transcurso se espera que el deudor realice la entrega, lo que posiblemente sea la forma más

---

ampliaciones del embargo originario o en los casos de prórroga de las anotaciones registrales».

<sup>532</sup> Resistimos la tentación de calificar de voluntario el desalojo al que nos referimos pues la voluntad del deudor ocupante se halla coaccionada por el tribunal. Se trataría en todo caso de un abandono del inmueble sujeto a mecanismos de coerción indirecta. No obstante, es obvio que la coacción admite grados y el grado de inmisión del tribunal en la libertad del ocupante (libertad para decidir diferentes aspectos del desalojo, primero, libertad ambulatoria, después) es mucho menor en esta fase que en la siguiente, una vez extinguido el plazo otorgado.

económica y efectiva de desalojo. Además, con este plazo el desalojo queda delimitado en el tiempo, eliminando, en principio (pese las precisiones que luego abordaremos), la incertidumbre relativa a su duración<sup>533</sup>.

La duración inicial del plazo no se determina en atención a las circunstancias reales del mercado de vivienda en la localidad de que se trate ni en función, por tanto, de las posibilidades objetivas para el ejecutado de encontrar un nuevo alojamiento a un precio asequible; tampoco se determina considerando las circunstancias personales y familiares del ocupante u ocupantes (sus posibilidades económicas de acceso real al mercado privado o público de vivienda; sus posibilidades sociales de acceso a redes familiares o sociales de apoyo; la concurrencia de circunstancias particulares —entre ellas la discriminación que pueda sufrir por cualquier razón el ejecutado en sus esfuerzos por procurarse alojamiento— que dificulten su obtención de nuevo alojamiento o hagan especialmente gravosa su salida del inmueble, etc.). El tiempo otorgado al ocupante es, en cambio, fijado de modo objetivo y uniforme (un mes) cualesquiera que sean las circunstancias del mercado inmobiliario y las condiciones o circunstancias personales del ocupante. Al determinar el plazo, tampoco se valora el perjuicio que para el ejecutante supone el retraso en la entrega forzosa (considerando, por ejemplo, su necesidad de vivienda, tal vez mayor que la del ejecutado...).

Para la concesión de la prórroga, en cambio, sí se tienen en cuenta las circunstancias concretas del demandado (aunque tampoco ahora las del demandante) a través de la exigencia de un «motivo fundado» para otorgarla, motivo que, por regla general, tendrá que ver con la dificultad personal (carencias económicas, ausencia de apoyo familiar o social, etc.) o coyuntural (condiciones del mercado de la vivienda o debilidad de los servicios de vivienda o asistencia social, sanitaria, etc.; rechazo o discriminación por cualquier causa...) que dificulten el acomodo alternativo, así como la actitud (activa o pasiva) mostrada por el ocupante durante el primer

---

<sup>533</sup> Debemos recordar en que una de las características de los desalojos que según el TEDH vulnera los derechos a un proceso con todas las garantías (en el sentido de un proceso sin dilaciones) y del derecho a la propiedad privada consistían en la duración incierta de los procesos de ejecución. Vid. SSTEDH *caso Saffi c. Italia*, de 28 de julio de 1999, §§ 54 y 56; y *caso Hutten-Czapaska c. Polonia* [GS], de 19 de junio de 2006, § 168.



periodo. Ahora bien, debe destacarse que el elemento contextualizador influye únicamente en la concesión de la prórroga pero no en su duración (que queda igualmente prefijada en un mes).

El mecanismo descrito pretende, por tanto, ser una fórmula de ponderación objetivada por el legislador para articular los derechos del ocupante (a la vivienda: art. 47 CE; a la vida privada: art. 18 CE, etc.) con aquellos del ejecutante (a la tutela judicial efectiva, incluyendo la prohibición de dilaciones indebidas: art. 24 CE y todos aquellos derechos que éste ampara: el derecho de propiedad, por ejemplo: art. 33 CE). De este modo, la duración máxima (dos meses, incluida la prórroga) se considera (apriorísticamente) suficiente para encontrar nueva vivienda y, al mismo tiempo, un coste asumible (igualmente desde una concepción *a priori*) para el ejecutante. La fórmula transcrita, pese a su carácter descontextualizado (y por ello, en muchos casos, irreal) tiene la ventaja de servir a la seguridad jurídica: arrendador y arrendatario tienen la certeza de que los plazos aplicables serán los prefijados por el legislador y no otros cualesquiera, ni mayores ni menores, reduciendo la incertidumbre a la concurrencia de causas para el otorgamiento de la prórroga.

Se aprecia un gran contraste entre el régimen de plazos así establecido para el desalojo de vivienda y el régimen de plazos en todos los demás casos de entrega forzosa de bienes inmuebles, es decir, cuando el inmueble que debe entregarse no sea la vivienda habitual de sus ocupantes. En este segundo supuesto, el art. 699 LEC<sup>534</sup> atribuye al tribunal la facultad de señalar el «plazo que estime adecuado» para el cumplimiento de las obligaciones de hacer, no hacer o entregar alguna cosa. Es cierto que, con relación al lanzamiento, el art. 703.1 LEC afirma que el tribunal «ordenará *de inmediato* lo que proceda»; este artículo puede ser interpretado como una norma especial que se aparta de lo previsto con carácter general en el art. 699 LEC, tal como si dijera: «el juez, no siendo vivienda, ordenará el lanzamiento inmediato». Pero también cabe armonizar el art. 703.1 LEC con el art. 699 LEC si

---

<sup>534</sup> «Cuando el título ejecutivo contuviere condena u obligación de hacer o no hacer o de entregar cosa distinta a una cantidad de dinero, en el auto por el que se despache ejecución se requerirá al ejecutado para que, dentro del plazo que el tribunal estime adecuado, cumpla en sus propios términos lo que establezca el título ejecutivo.//En el requerimiento, el tribunal podrá apereibir al ejecutado con el empleo de apremios personales o multas pecuniarias» (art. 699 LEC/2000).

se considera que aquello «que procede» ordenar de modo inmediato según el primero es, precisamente, el otorgamiento del plazo que establece el segundo, es decir, leyendo el 703.1 LEC en estos términos: «el juez, sin demora, otorgará el plazo que estime adecuado». De ser esta última la interpretación correcta el legislador habría optado por la determinación judicial del plazo para el lanzamiento (en aplicación del principio de proporcionalidad) para el supuesto general de desalojo de inmuebles mientras que habría optado por una solución estrictamente reglada (una proporcionalidad objetiva apreciada por el legislador) en el caso específico de desalojo de vivienda.

El contraste entre los dos sistemas de señalamiento (el reglado para el lanzamiento de vivienda ocupada en el art. 704.1 LEC y el discrecional para cualquier otra entrega de bienes inmuebles contemplado en el art. 703.1 LEC) se ha agudizado (y consolidado) progresivamente con las sucesivas reformas en materia de desahucio y lanzamiento. La reforma de la LEC de 2000 por Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (DF 3.<sup>a</sup>), con incidencia en el ámbito del juicio de desahucio por falta de pago de la renta y cantidades asimiladas, permitió que el plazo (o margen de tiempo) para el desalojo por iniciativa del ejecutado quedase indirectamente delimitado a través del señalamiento (en el trámite de admisión de la demanda) del día (y hora) en que debiera practicarse la diligencia de lanzamiento en el hipotético caso de sentencia de condena (sentencia de desahucio), admitiendo (aunque no exigiendo), que dicho día del lanzamiento se ubicase dentro del mes siguiente al de celebración de la vista del juicio verbal en que dicho desahucio se sustancia (art. 440.3 LEC)<sup>535</sup>. Con esta norma, el plazo atribuido al ocupante de vivienda para el lanzamiento se decantaba definitivamente en favor del ejecutante.

Hasta tal punto esta norma parecía chocar con el derecho a la vivienda del ejecutante que se sugirieron interpretaciones para hacerla compatible con el respeto

---

<sup>535</sup> «En los casos de demandas de desahucio de finca urbana por falta de pago de rentas o cantidades debidas, [...] el Tribunal fijará en el auto de admisión día y hora para que tenga lugar, en su caso, el lanzamiento, que podrá ser inferior a un mes desde la fecha de la vista, advirtiendo al demandado que, en caso de que la sentencia sea condenatoria y no se recurra, se procederá al lanzamiento en la fecha fijada si lo solicitase el demandante en la forma prevenida en el artículo 549» (art. 440.3 LEC).

al derecho a la vivienda del ocupante que, al menos en parte, protegen los plazos del art. 704.1 LEC. La primera posibilidad de interpretación del art. 440.3 LEC de conformidad con el derecho a la vivienda consistía en entender que hubo un error del legislador quien habría querido establecer un mínimo de tiempo entre la fecha de celebración de la vista y la diligencia de lanzamiento, mínimo equivalente al que ya se otorgaba al ocupante de vivienda según el art. 704 LEC. Es decir, su intención habría sido establecer la fecha de lanzamiento en el auto de admisión de la demanda afirmando que el tiempo disponible para el desalojo de la vivienda antes de la diligencia de lanzamiento «[NO] podrá ser inferior a un mes desde la fecha de la vista». Esta conclusión, sin embargo, ha sido desmentida por la ulterior reforma en esta materia a través de la DA 5.<sup>a</sup> LEC (introducida *ex novo* por Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial<sup>536</sup>). Con la reforma últimamente citada, se atribuyeron a las Oficinas de Señalamiento Inmediato (creadas por la reforma) las diligencias de reparto, citación a juicio de desahucio y señalamiento de la fecha de lanzamiento, y, en lo referente al plazo, se afirmaba que las Oficinas de Señalamiento Inmediato señalarían la fecha de lanzamiento para un día que ya no sólo *podrá* (como decía el art. 440.3 LEC) sino que *deberá* estar comprendido dentro del mes siguiente a la fecha de finalización de la vista. La norma de la DA 5.<sup>a</sup> LEC despeja, por consiguiente, toda duda sobre el pretendido error del legislador. Posteriormente, la reforma de la LEC a través de la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de

---

<sup>536</sup> «Estas demandas y solicitudes presentadas ante las Oficinas de Señalamiento Inmediato se tramitarán conforme a las normas de esta Ley, con las siguientes especialidades://Primera. Con carácter previo a su admisión a trámite, las Oficinas de Señalamiento Inmediato, en una misma diligencia: //a. Registrarán aquellas demandas o solicitudes previstas en el apartado anterior que ante ellas se presenten.//b. Acordarán su reparto al juzgado que corresponda y señalarán directamente la vista referida en el artículo 440.1, la comparecencia prevista en los artículos 771.2 y 773.3, la comparecencia para ratificación de la demanda contemplada en el artículo 777.3, y la fecha y hora en que hubiera de tener lugar el lanzamiento, en el supuesto a que se refiere el artículo 440.3. // [...] // Segunda. Las citaciones para las comparecencias y vistas a que se refiere la regla anterior contendrán los requerimientos y advertencias previstos en cada caso en esta Ley. También harán indicación de los extremos a que se refiere el apartado 3 del artículo 440.// [...] // Cuarta. Las Oficinas de Señalamiento Inmediato realizarán los señalamientos a que se refiere el párrafo b del apartado 3, Primera, de esta disposición ante el Juzgado de Primera Instancia que por turno corresponda de acuerdo con un sistema programado de señalamientos, en el día y hora hábiles disponibles más próximos posibles, dentro en todo caso de los siguientes plazos://a. Los señalamientos para las vistas a que se refiere el artículo 440.1 se efectuarán en los plazos señalados en el mismo precepto, contados a partir del quinto día posterior a la presentación de la demanda en la Oficina de Señalamiento Inmediato. //b. [...]» (DA 5.<sup>a</sup> apartado 3).

fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios, dando nueva redacción al art. 440.3 LEC<sup>537</sup>, establece que la fecha de lanzamiento señalada en el auto de admisión de la demanda también *deberá* estar comprendida dentro del mes siguiente a la fecha de finalización de la vista. Además, esta última norma amplía el mecanismo de señalamiento anticipado a los casos de desahucio por expiración del plazo (legal o contractual) de duración del arrendamiento y, por tanto, el número de supuestos en los que desaparece el plazo de garantía.

La segunda interpretación para salvar en los juicios de desahucio la garantía que para derecho a la vivienda supone el plazo contemplado en el art. 704.1 LEC, consiste en entender que su supresión para los supuestos en que el desahucio por falta de pago de la renta (o por expiración del plazo de duración del arriendo, tras la reforma ex ley 19/2009) no se extiende a los supuestos de desalojo de vivienda habitual. Según la anterior interpretación, sólo en caso de tratarse del desahucio de inmuebles arrendados no destinados a vivienda habitual sería aplicable la regla expuesta y sólo a éstos casos se aplicaría la regla de señalamiento anticipado prevista en los arts. 440.3 y DA 5.<sup>a</sup>. Puesto que el carácter de vivienda habitual del inmueble objeto del desalojo pueden desconocerlo las Oficinas de Señalamiento o el Secretario Judicial al hacer el señalamiento anticipado, una exigencia de la anterior interpretación es que el tribunal de la ejecución, una vez conocida esta condición del inmueble (vivienda habitual) debería anular el señalamiento anticipado y otorgar el plazo previsto en el art. 704.1 LEC. Tal interpretación, que para quienes la sostienen es la única que evita la inconstitucionalidad del mecanismo de señalamiento anticipado, parece, sin embargo, contradictoria con la expresa finalidad de las reformas acometidas que no ha sido otra que acelerar el desalojo en los casos más frecuentes de desahucio: los arrendamientos de vivienda por falta de pago de la

---

<sup>537</sup> «En todos los casos de desahucio, también se apercibirá al demandado en la citación que, de no comparecer a la vista, se declarará el desahucio sin más trámites y que queda citado para recibir la notificación de la sentencia, el sexto día siguiente a contar del señalado para la vista. Igualmente, en la resolución de admisión se fijará día y hora para que tenga lugar, en su caso, el lanzamiento, que deberá producirse antes de un mes desde la fecha de la vista, advirtiéndole al demandado que, en caso de que la sentencia sea condenatoria y no se recurra, se procederá al lanzamiento en la fecha fijada, sin necesidad de notificación posterior».

renta (y, tras la última reforma, también por expiración de su plazo de duración)<sup>538</sup>.

En nuestra opinión, las sucesivas reformas expuestas no incurren en inconstitucionalidad por el solo hecho de haber suprimido los plazos de lanzamiento o, si se prefiere, por haber alterado el mecanismo de delimitación temporal de desalojo, eliminado el sistema de plazos y sustituyéndolo por un sistema de señalamiento anticipado (que, estableciendo una fecha para realizar la diligencia de lanzamiento, indica, indirectamente, cuál ha de ser el «tiempo de espera» equivalente al antiguo plazo). Cuando, atendidas las circunstancias concurrentes (bien las personales del demandado y demandante, bien las objetivas del mercado, el entorno social, etc.), el «plazo» (tiempo para el desalojo) resultante del señalamiento de la fecha de lanzamiento no sea suficiente para garantizar el derecho a la vivienda (art. 47 CE) con la consiguiente desprotección de bienes jurídicos amparados por otros derechos fundamentales (la integridad física de los ocupantes: art. 15 CE, su intimidad: art. 18 CE, etc.) o infracción de los derechos constitucionales de las personas especialmente vulnerables que la ocupen a una especial protección (infancia, personas mayores o enfermas, discapacitados...) que venían, en principio, amparados por el plazo ex art. 704 LEC. Dicho de otro modo: la diligencia de lanzamiento iniciada una vez llegada la fecha señalada de modo anticipado y a la que se habrá llegado sin trámites intermedios se suspenderá en los casos expresados de tal forma que el tribunal pueda ordenar su actuación conforme a la situación real existente conocida gracias a la diligencia que se suspende y recabar los medios oportunos para evitar consecuencias contrarias a los derechos fundamentales.

Ahora bien, habiendo transcurrido el mes de plazo así como su prórroga (en los casos en que es posible, según acabamos de ver) y no habiendo sido posible para los ocupantes resolver su problema de alojamiento, el tribunal no puede ya otorgar un nuevo plazo sin vulnerar, por su parte, el derecho a la tutela efectiva del ejecutante. Se puede llegar así, finalmente, a la mencionada situación paradójica a

---

<sup>538</sup> Esta segunda interpretación, además, queda en cuestión por las propuestas de reforma de la LEC que insisten en la restricción del plazo citado a un mes. *Vid. infra*. Capítulo cuarto.

que conduce la incapacidad del Estado para organizar su sistema de ejecución forzosa de modo que pueda satisfacer todos los derechos fundamentales que confluyen en ella y que está comprometido a atender (tanto por imperativo de la Constitución como merced a sus compromisos internacionales con los derechos humanos): realizando la diligencia de lanzamiento en la fecha fijada sin disponer todavía el ejecutado de un alojamiento alternativo con riesgo para su integridad física, seguridad, familia, etc., podrían estar vulnerándose sus derechos fundamentales, mientras que dilatando el lanzamiento más allá de estas fechas podría estar incurriéndose en una denegación de tutela efectiva, la cual incluye el derecho a obtenerla en un plazo razonable.

Pese a todo, es posible una interpretación conforme a la Constitución del régimen de la diligencia material de lanzamiento (finalizado el plazo de garantía) que permita superar la paradoja mencionada. De ello nos ocuparemos en el siguiente apartado y en la última parte de nuestro trabajo.

#### b) Moderación de la actividad de lanzamiento

Las medidas concretas mediante las cuales el tribunal debe realizar el lanzamiento están determinadas sintéticamente mediante la expresión «*lo que proceda*» («*lo que proceda según el contenido de la condena*») contenida en el art. 703.1 LEC<sup>539</sup>. Dicha «procedencia» (de medidas de ejecución) no puede ser otra cosa que una procedencia en sentido jurídico lo que implica la invocación sistemática de las distintas normas jurídicas aplicables al caso, incluyendo los derechos fundamentales a la tutela efectiva del ejecutante y los derechos fundamentales relativos a la vivienda del ejecutado, cuya contraposición exige una ponderación a resolver según el principio de proporcionalidad. Debe entenderse, por tanto, que la determinación y aplicación al caso de aquello «*que proceda*» aspira a la desposesión del deudor con el menor perjuicio posible de sus derechos. A través de esta cláusula legal, el tribunal puede cumplir el

---

<sup>539</sup> «Si el título dispusiere la transmisión o entrega de un bien inmueble, el tribunal ordenará de inmediato lo que proceda según el contenido de la condena y, en su caso, dispondrá lo necesario para adecuar el Registro al título ejecutivo» (art. 703.1).

mandato constitucional ex art. 53 CE de informar su práctica judicial con los derechos económicos y sociales vinculados a la vivienda (apartado tercero).

Puede concluirse, por tanto, que el principio de proporcionalidad opera en el lanzamiento a través de dos mecanismos: (1) los plazos de garantía (gracia o humanidad) que se aplican de un modo descontextualizado y automático, es decir, en los términos previstos por la ley al margen de las situaciones reales concurrentes, creando un espacio temporal exento de la coerción directa que permita al ejecutado asumir de modo responsable su salida del inmueble y limitando, asimismo, el coste (medido en tiempo de espera, que es tiempo de lucro cesante) para el ejecutante y (2) la adecuación de la actividad jurisdiccional posterior al agotamiento de dichos plazos (pero también la actividad anterior, tal como veremos) para satisfacer el principio de proporcionalidad.

La anterior afirmación implica asumir que el agotamiento por el ocupante de los plazos otorgados para el desalojo no supone, *per se*, la expulsión inmediata y «sin consideración de ningún género» que contemplaban nuestras leyes procesales decimonónicas. La invocación y aplicación, mediada por el principio de proporcionalidad, de los diferentes derechos fundamentales que asisten al demandado y, en general, de los derechos de rango constitucional afectados por el lanzamiento, exigirá valorar las diversas situaciones y circunstancias del caso concreto en relación con los medios y recursos disponibles<sup>540</sup>: circunstancias personales en las que se encuentren los ocupantes (sobre todo, su insuficiencia económica, sus carencias o limitaciones físicas o psíquicas, su posible desarraigo social, etc.), la diligencia previa que hayan mostrado en la búsqueda de alternativas a su situación, su buena fe al cooperar con las propuestas recibidas por

---

<sup>540</sup> En este sentido, ALEXY destaca que «El grado del ejercicio de los derechos fundamentales sociales aumenta en tiempos de crisis económica. Pero, justamente entonces puede haber poco que distribuir. Parece plausible la objeción según la cual la existencia de derechos fundamentales sociales definitivos, por más mínimos que sean, vuelve imposible en tiempos de crisis la necesaria flexibilidad y, por ello, una crisis económica puede conducir a una crisis constitucional. Sin embargo, cabe señalar aquí que no todo lo que existe como derecho social está exigido por derechos sociales iusfundamentales mínimos; segundo, las ponderaciones necesarias de acuerdo con el modelo aquí propuesto, pueden, bajo circunstancias diferentes, conducir a diferentes derechos definitivos y, tercero, justamente en tiempos de crisis, parece indispensable una protección iusfundamental de las posiciones sociales, por más mínima que ella sea» (Alexy, *Teoría*, cit., pág. 496).

Administraciones encargadas de atender las necesidades sociales primarias de los ciudadanos, la atención real prestada al caso por las Administraciones Públicas mencionadas, el daño que se derive para el ejecutante de la prolongación de la espera (lo cual, a su vez, puede depender igualmente de la diligencia y recursos puestos a su servicio por otras Administraciones Públicas: compensaciones por la espera, por ejemplo), etc. Las anteriores circunstancias habrán de ser consideradas en el juicio de ponderación que permita determinar aquello «que proceda» y acordar o no el inmediato desalojo mediante el empleo de la *vis ablativa* más absoluta (la clásica actividad desarrollada por la Comisión judicial asistida por cerrajero y policía) o la prosecución del lanzamiento por *otros medios más procedentes* (que, principalmente, incluirán la intervención de Administraciones públicas especializadas en la atención de las situaciones expresadas: servicios sociales, de menores, sanitarios...).

A este respecto, algunas de las previsiones que contienen las leyes autonómicas sobre el derecho a la vivienda señalan algunos de los instrumentos de los que el tribunal podría hacer uso (a través de la Administración competente). La Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, se ocupa en su artículo 20 de las «situaciones de alojamiento transitorio»:

«1. Las Administraciones Públicas andaluzas favorecerán el alojamiento transitorio de las personas físicas con riesgo o en situación de exclusión social y vecindad administrativa en la Comunidad Autónoma de Andalucía, que no puedan acceder a una vivienda protegida y respecto de las cuales quede acreditada su necesidad habitacional a través de los correspondientes servicios sociales de los ayuntamientos de los municipios en los que residan [...] 5. Los planes de vivienda y suelo autonómicos y locales, en su correspondiente ámbito de competencia territorial, deberán regular los programas de actuación que se correspondan con estas situaciones de alojamiento».

Tales disposiciones esbozan incluso el procedimiento a seguir para resolver situaciones de alojamiento transitorio: acreditación de la necesidad habitacional por los servicios sociales de los ayuntamientos y actuación según los programas diseñados en los planes de vivienda y suelo autonómicos y locales.



En esta misma línea, la Ley catalana *de dret a l'habitatge* (Lley 18/2007, de 28 de diciembre) prevé en su artículo 70 las denominadas «viviendas de inserción» (*habitatge d'inserció*)<sup>541</sup>, definidas en el art. 3 i) como «viviendas gestionadas por administraciones públicas o por entidades sin ánimo de lucro que, en régimen de alquiler o bajo otras formas de ocupación, son destinadas a atender a personas necesitadas de una atención especial»; son gestionadas por los servicios sociales de los ayuntamientos o por entidades sin ánimo de lucro, y proporcionadas o financiadas por la administración autonómica con especial destino a las personas sin hogar; el mecanismo de acreditación de la necesidad habitacional o la actuación subsiguiente a la constatación de tal necesidad se remite a los programas sociales de integración y a los términos que determine la normativa vigente en materia de servicios sociales. También se contempla su destino para resolver las situaciones de infravivienda (*infrahabitatge*) o sobreocupación de vivienda o hacinamiento (*sobreocupació*)<sup>542</sup>.

---

<sup>541</sup> Que ya tenían precedentes en cataluña: las denominadas «vivienda de inserción» (*habitatge d'inserció*) previstas en los arts. 52 a 59 del Decret 255/2005, de 8 de noviembre.

<sup>542</sup> «En las actuaciones para la corrección de situaciones de infravivienda, las administraciones públicas deben prever las medidas adecuadas para acoger a las personas que ocupan estos inmuebles con contratos de alquiler o con cesión de uso. A tal fin, deben establecer los pertinentes programas y acuerdos de cooperación y colaboración con los servicios de atención social competentes» (art. 44.5); en parecidos términos se expresa la ley cuando se detectan situaciones de hacinamiento: «En las actuaciones para corregir situaciones de sobreocupación, las administraciones públicas han de prever las medidas adecuadas para acoger a las personas afectadas por esta circunstancia en la medida que puedan y según lo permitan los recursos disponibles. Para esta finalidad se han de establecer los acuerdos de colaboración y cooperación pertinentes entre los servicios de atención social competentes y los servicios de mediación [habitacional] a que hace referencia el art. 69» (art. 43.6).

No obstante la loable consideración por las personas sin hogar a la que acabamos de hacer referencia, nos sorprende el mecanismo diseñado por la ley catalana parezca distinguir según la ocupación de la infravivienda proceda de un título legítimo («personas que ocupan estos inmuebles con contratos de alquiler o con cesión de uso») o ilegítimo, en cuyo caso el ocupante debería abandonar la infravivienda para, desde su nueva situación (empeorada) de ciudadano “sin-hogar”, solicitar la atención de las Administraciones públicas que, previamente, habrían desconocido su derecho a la vivienda. No nos resistimos a citar, por su pertinencia, la crítica efectuada por el juez BONELLO en su voto particular disidente a las SSTEDH *Chapman c. Reino Unido* y *Beard c. Reino Unido*; según el juez: «en el presente caso tanto la autoridad pública como el individuo han traspasado indudablemente los límites marcados por la ley. Pero fue el incumplimiento por las autoridades públicas de su deber de observar la ley el que precipitó e indujo el incumplimiento del individuo. El incumplimiento de las autoridades ha llevado a una situación que casi se justifica por un estado de necesidad. Por qué un tribunal de derechos humanos debiera mirar con más benevolencia la más trascendente vulneración de la ley cometida por el poderoso que aquella a la que se ve forzado el débil es algo que no ha quedado explicado apropiadamente» (§ 7).

Por otra parte, si bien durante el plazo de garantía el ocupante no podrá ser forzado al abandono del inmueble mediante el empleo de la coerción directa o *vis absoluta*, ello no implica la suspensión de la ejecución y, por consiguiente, no impide toda actividad jurisdiccional. Aquellas medidas que pueda favorecer a la efectividad de la tutela debida por el tribunal podrían ser puestas en juego como parte de las medidas «que procedan» para dar efectividad a la condena. Tales medidas pueden consistir en la preparación de la diligencia ulterior de lanzamiento, de modo que, finalizado el plazo correspondiente o llegado el día señalado para la práctica de la diligencia, se disponga de los medios adecuados para no demorar la entrega del inmueble. Entre la actividad previa deben situarse también las medidas de prevención que impidan que la espera pueda perjudicar las expectativas legítimas del acreedor (art. 699 LEC). Asimismo, la actividad previa a la diligencia de lanzamiento puede consistir en proporcionar al ocupante la colaboración que pueda favorecer la entrega del inmueble (en beneficio de la satisfacción del acreedor y del principio de proporcionalidad).

Las diversas actividades enunciadas requerirán frecuentemente la colaboración de las Administraciones públicas, en particular, de aquellas a cuyo cargo se encuentra el desarrollo de las facetas del Estado social implicadas en un desalojo: vivienda, salud, protección de la infancia, atención a la tercera edad, etc. La actuación en el proceso de dichas Administraciones, previa determinación de la necesidad que sea de su competencia atender, debe ser instrumental de la ejecución y, por consiguiente, sometida a la potestad jurisdiccional, considerándose expresión de la misma. Tal intervención reviste entonces un carácter mixto (administrativo y jurisdiccional), pues tales órganos desarrollan la función jurisdiccional que se les encomienda precisamente en ejercicio de sus competencias y funciones administrativas.

Debe notarse que las garantías procedimentales que hemos destacado en atención a los derechos relativos a la vivienda se manifiestan en el proceso de ejecución y no en el proceso declarativo. Ello se debe a que, tal como hemos expuesto en el anterior capítulo, el proceso declarativo al terminar con una aplicación declarativa (que, aun cuando sea de condena, no deja de ser una manifestación meramente conceptual —formalizada a través del lenguaje—) puede permitirse deslindar (formalmente, declarativamente) la aplicación que realiza de elementos en principio ajenos a la acción ejercitada (para el juez del juicio de desahucio no es relevante

que el inquilino sea una persona sin recursos y con familia a su cargo pues es algo ajeno al régimen del contrato de arrendamiento que ha suscrito como tampoco lo es que en el inmueble objeto del arriendo se hayan introducido—con o sin permiso del arrendatario, quizá al amparo de un derecho propio, quizá como ocupantes ilegales— otros sujetos no litigantes) sobre los que no recaerá el juicio (quedará imprejuizada la protección social que el Estado debe al ocupante sin recursos o la posición jurídica frente al arrendador del tercero ocupante). En el caso de los juicios sumarios (art. 447 LEC) algunos elementos del objeto procesal que son relevantes desde un punto jurídico-material (por ejemplo, si el arrendador sigue siendo propietario o si, habiendo vendido el inmueble pendiente el arrendamiento, ya no lo es) quedan fuera por decisión del legislador (en esta limitación reside lo peculiar de los juicios sumarios). El proceso de ejecución, en cambio, entra en contacto con la esfera jurídica del deudor en toda su complejidad por cuanto el tribunal no declara sobre dicha esfera sino que se inmiscuye en ella y la modifica. Por tanto, cobra relevancia la presencia de terceros ocupantes (cuyo derecho o falta de derecho debe ser resuelta antes del lanzamiento) o la realidad jurídica del ocupante, cuyo derecho fundamental a la vivienda va a ser afectado por obra del propio tribunal que actúa como poder del Estado con obligaciones hacia el demandante (hacer cumplir la sentencia y satisfacer su *ius possidendi*, pero también hacia el ocupante (derechos relativos a la vivienda).

Por tanto no cuestionamos, en principio, la corrección de las reformas procesales cuando suprimen exigencias procesales que sin otorgar garantías sustanciales (de aplicación acertada del derecho) para los arrendatarios les atribuyen, sin embargo, instrumentos para dilatar indebidamente los juicios<sup>543</sup>. Lo que cuestionamos son las

---

<sup>543</sup> No parece criticable que se haya reformado la LEC para impedir que, por ejemplo, los arrendatarios demandados de desahucio finjan (sin entrar valorar las razones que les impulsan a ello, pues pueden ser muy diversas) no vivir en el inmueble arrendado —pese a que, obviamente, lo arrendaron para hacer de él su vivienda habitual y se resisten al desahucio porque lo es— tratando de no ser notificados (algo que veta el art. 155.3 LEC en su párrafo segundo introducido por ley 23/2003 y redactado de nuevo —introduciendo diversos matices— por la ley 19/2009, de 23 de noviembre); o que esperen a la vista del juicio verbal de desahucio para alegar no estar representados por procurador y asistidos por abogado debido a su falta de recursos —pese a que lo que pudieron hacer en un momento anterior— buscando así la suspensión de la vista (estrategia que evitan los arts. 33.4 y 440.3 en su párrafo 3 procedentes de la reforma de la LEC por la ley 19/2009 ya mencionada) o que se esfuercen en no recibir la notificación de la sentencia para impedir —de momento— la ejecución (lo que evita 440.4 precedente de la reforma de la LEC por ley 37/2011 aunque la norma que contiene

limitaciones (y las reformas) que sufre la fase de ejecución, pues en ella el Estado no se limita a declarar sino que adopta decisiones sobre una esfera jurídica donde junto a la responsabilidad se sitúan —a veces inextricablemente unidos— derechos fundamentales y humanos inalienables.

---

venia de la Ley 19/2009). Todas estas estrategias (o «estratagemas» si se quiere) para ganar tiempo (pues no contribuyen a una mejor defensa del demandado, aunque le reporten ventajas de hecho) han sido debidamente neutralizadas por el legislador en aras de garantizar un proceso declarativo con todas las garantías (incluida la ausencia de dilaciones indebidas). El problema es que los arrendatarios seguirán buscando fórmulas que les ayuden a dilatar una consecuencia inasumible para muchos de ellos: quedar sin vivienda. Tal vez, si la ejecución forzosa se regulase de forma respetuosa con los derechos humanos (civiles y sociales) de estas personas en riesgo de quedar sin hogar no se verían estas obligadas a acudir a «estratagemas» para obtener aquello a lo que tienen derecho y que el Estado no les proporciona.



*Primera.*— El proceso de construcción del Estado social y democrático de Derecho y el proceso de internacionalización de los derechos humanos han conducido al reconocimiento en el ámbito nacional e internacional de los derechos económicos y sociales. Con estos derechos se pretende proteger el acceso y conservación por los ciudadanos de aquellos recursos materiales básicos para el desarrollo de su dignidad como personas, entre ellos la vivienda como instrumento de satisfacción de su necesidad habitacional o de protección frente al entorno natural y social.

Formando parte del derecho a un adecuado nivel de vida se sitúa el derecho humano a la vivienda adecuada (art. 25.1 de la Carta de Naciones Unidas de 1950 y art. 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966). Este derecho ha sido reconocido en el ámbito regional del Consejo de Europa por el art. 31 de la versión revisada de la Carta Social Europea (2009). En el ámbito del ordenamiento interno el reconocimiento de este derecho corresponde al art. 47 CE.

*Segunda.*— El derecho a la vivienda adecuada se satisface a través de la disponibilidad (accesibilidad jurídica, asequibilidad económica y seguridad en la tenencia una vez adquirida) de un objeto material o bien básico respecto del que predicen ciertas características físicas (que configuran la nota de adecuación —vivienda adecuada— o dignidad de la vivienda —vivienda digna—). Se justifica como tal derecho por el valor que dicho objeto adquiere para preservar la existencia física de la persona (su vida, integridad física, salud, etc.), la dignidad de dicha existencia (vida privada, vida familiar, seguridad, educación, y, en general, el libre desarrollo de la personalidad) e incluso ciertos aspectos de su condición cívica y política (derecho a participar en los asuntos públicos, derecho al voto —con frecuencia dependiente del domicilio—), objetos alguno de ellos de otra categoría de derechos humanos: los derechos civiles y políticos, cuyo grado de protección, tanto en el ámbito nacional como regional e internacional ha sido siempre más intenso que el de los derechos económicos, sociales y culturales. Esta interdependencia de todos los derechos humanos ha sido reconocida como principio integrante del Derecho internacional de los derechos humanos.

La relación de la vivienda y el derecho humano (a la vivienda) que la ampara con otros derechos civiles y políticos y con otros derechos económicos, sociales y culturales permite hablar de los «derechos humanos relativos a la vivienda» (*housing rights*). En este sentido, TEDH atiende a la protección de la vivienda a través de su amparo al derecho a la vida privada (art. 8 CEDH) y el Comité Europeo de Derechos Sociales (sobre todo aquellos Estados que no han suscrito la Carta Revisada que reconoce expresamente el derecho a la vivienda en su art. 31) a través de la protección a la familia (art. 16 Carta Social Europea).

*Tercera.*— La labor de vigilancia e implementación de la aplicación de los Derechos humanos en el ámbito internacional (en el ámbito del Sistema de Naciones Unidas y del Consejo de Europa) por medio de órganos de naturaleza técnica (el Consejo de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos y Sociales en el ámbito del Sistema de Naciones Unidas; el Comité de Derechos Sociales en el ámbito del Consejo de Europa) y de naturaleza política (como la Asamblea General de Naciones Unidas o el Comité de Ministros del Consejo de Europa) ha puesto de relieve dos garantías esenciales para los derechos humanos relativos a la vivienda: en primer lugar, la garantía denominada «seguridad en la tenencia» que es el derecho de acceso y conservación de una vivienda digna a través de algún título jurídico dotado de cierta estabilidad, y, en segundo lugar, aunque en cierto modo como una faceta o aspecto de la anterior, la prohibición de «desalojos forzosos», entendida como la prohibición de desalojos contrarios a los derechos humanos por atender, en sus medios o en sus resultados, contra la dignidad de las personas que tratan de amparar los derechos relativos a la vivienda.

También la jurisprudencia del TEDH ha reconocido la existencia de límites a la actuación de los poderes públicos en supuestos de desalojos de vivienda al considerar el derecho al hogar o domicilio como faceta del derecho a la vida privada y familiar —art. 8 CEDH—. Este tribunal se ha mostrado riguroso al exigir respeto frente a la actuación de las Administraciones públicas en el desalojo de viviendas de titularidad pública incluso cuando estas Administraciones efectuaban el desalojo legalmente (al amparo de la normativa interna) y por vía judicial. Dicha jurisprudencia ha sido más matizada cuando la pretendida vulneración del derecho al domicilio se ha invocado frente a acciones judiciales de desalojo en garantía de

derechos de otros particulares (fundamentalmente del derecho a la tutela efectiva y a la propiedad privada —garantizados en los arts. 6 del CEDH y 1 de su primer protocolo adicional—). En todo caso, el TEDH ha puesto siempre en primer plano la exigencia de proporcionalidad de las medidas adoptadas para restringir —sea por la ley, sea por un tribunal— los derechos que consagra el CEDH, exigiendo una ponderación entre los derechos de ejecutante y ejecutado.

*Cuarta.*— Las diferentes garantías que para proteger los derechos vinculados a la vivienda han sido puestas de relieve por los órganos internacionales mencionados deben valorarse como propuestas interpretativas muy cualificadas derivadas de los tratados suscritos por España que, como tales, forman parte del ordenamiento interno (art. 96 CE). Además, la interpretación efectuada por los mencionados órganos internacionales, de ser acertada, debería ser acogida en los órganos internos, realizando una interpretación de las normas internas de rango constitucional en el sentido de acoger la prohibición de desalojos forzosos. En el caso de las sentencias del TEDH la vinculación es mayor pues este tribunal ejercita potestad jurisdiccional atribuida con base en la propia Constitución (art. 93 CE). La interrelación interpretativa entre las esferas de protección nacional e internacional de los derechos humanos queda refrendada por el art. 10.2 de la propia Constitución Española. Las normas de rango ordinario deben interpretarse de conformidad con la Constitución y, por consiguiente, reflejar igualmente las exigencias derivadas de la prohibición de desalojos forzosos (art. 53 CE y 5 LOPJ).

*Quinta.*— La dimensión de la vivienda como soporte de la existencia digna aparece recocida en el art. 47 de la Constitución al afirmar el derecho de todos los españoles «a disfrutar de una vivienda digna y adecuada». Los distintos apartados del art. 53 CE permiten deducir que por su ubicación sistemática no es el derecho a la vivienda un derecho a cuyo amparo pueda solicitarse, sin más, que los poderes públicos proporcionen una vivienda a todo aquel que la necesite y, menos aun, a cuyo amparo se pueda enervar la eficacia de otros derechos constitucionales como el derecho de propiedad privada (art. 33 CE) o el derecho a la tutela efectiva (art. 24). Así lo demuestra su ubicación en el capítulo III del título primero de la Constitución bajo la rúbrica «principios rectores de la política social y económica», estableciendo más adelante que «sólo podrán ser alegados ante los tribunales ordinarios de



acuerdo con lo que establezcan las normas que los desarrollen»(art. 53.3 CE). Se manifiesta por tanto, al menos inicialmente, como un derecho de prestación y, como tal, dependiente de los recursos disponibles y de diversas decisiones del poder legislativo relativas a su empleo, teniendo en cuenta otras necesidades y formas de satisfacerlas, de acuerdo con diferentes convicciones ideológicas (principio democrático).

Sin embargo, el significado y carácter vinculante de este derecho viene claramente establecido en el art. 53.3 de la CE al establecer que «el reconocimiento, el respeto y la protección» de tales «principios rectores» «informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos». De tal modo que si bien no cabe ampararse directamente en el derecho a la vivienda para exigir una vivienda a los poderes públicos o restringir, sin más, la protección legal (entre la que se cuenta la tutela efectiva por vía judicial) otorgada a otros derechos fundamentales por el mero hecho de que dicha protección afecta a la vivienda (la exigencia de «respeto a los derechos de los demás»—art. 10.1 CE— y, por tanto, la restricción de los propios que esto conlleva, es fundamento del orden político-constitucional), sí cabe interpretar los medios de protección (incluidos los judiciales) de los distintos derechos en términos tales que permitan maximizar el desarrollo del derecho a la vivienda. Es decir, en la ordenación de la ejecución y, en particular, en la selección de los medios ejecutivos por el tribunal, es exigible una ponderación, a través del principio de proporcionalidad, buscando, dentro de los instrumentos o medios ejecutivos que pueden dar eficacia al derecho consagrado en el título (principio de adecuación), la optimización de otros derechos fundamentales presentes (principio de necesidad) sin que un beneficio menor para el demandante suponga un sacrificio irracionalmente grave para el demandado (principio de proporcionalidad en sentido estricto). Ciertamente, la ponderación corresponde realizarla inicialmente al legislador (que debe «inspirar» su «legislación positiva» en tales principios—mandatos de optimización—), pero tal determinación legislativa no bloquea las posibilidades de ponderación judicial por vía interpretativa, sea porque el propio legislador deja al tribunal un margen expreso para ello, sea porque ninguna regulación es tan exhaustiva que excluya todo margen interpretativo. En aquellos casos en que los derechos relativos a la vivienda estén en riesgo con ocasión de un

lanzamiento, se deberá producir, cuando menos, una interpretación expansiva de cualesquiera garantías procedimentales creadas por las normas procesales en amparo de los derechos relativos a la vivienda (o, más en general, en garantía de los derechos del ejecutado), quedando, en consecuencia, prohibida toda interpretación restrictiva de las mismas. En los supuestos en que la vía interpretativa no permita cohonestar derechos los derechos en juego (restringiendo desproporcionadamente alguno de ellos) habrá que entender que tal regulación es contraria a la Constitución y corresponderá al tribunal plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC.

*Sexta.*— La exigencia de ponderación de derechos por vía interpretativa aparece con más intensidad cuando los derechos implicados son aquellos que nos han permitido hablar de los «derechos relativos a la vivienda» (derechos a la integridad física, a la seguridad o a la vida privada y familiar, que pueden verse afectados, concurriendo ciertas condiciones, por la privación de vivienda). En estos casos, a la exigencia de optimización de ciertas situaciones (principios) se suman las exigencias más rigurosas (reglas) derivadas del art. 53.1 CE, en particular la regla prohibitiva en relación al contenido esencial de los citados derechos, en cuanto dibujan un mínimo indisponible por la regulación legal. Pero tal carácter indisponible no es siempre absoluto: si se produce un conflicto en la satisfacción entre derechos de igual rango (derecho de propiedad y derecho a la integridad física o a la intimidad, por ejemplo) el alcance del contenido esencial respectivo de los derechos afectados también debe determinarse mediante una ponderación, aplicando el principio de proporcionalidad.

*Séptima.*— No es justo decir que con la invocación del derecho a la vivienda y de otros derechos a ella vinculados se pretenda amparar (indebida y abusivamente) «la ocupación de la vivienda en los supuestos en los que en sede de un proceso legítimo y con todas las garantías se acuerde la obligación de reintegrar la posesión al demandante»<sup>365</sup>. Ocurre, más bien, que entre las garantías que permiten caracterizar el proceso como legítimo deben hallarse la adecuada ponderación de sus consecuencias sobre los derechos fundamentales del ocupante, con el fin, no de impedir *sine die* su desalojo forzoso, sino, por una parte, de adecuar los medios

---

<sup>365</sup> Santos Martínez, Albert María, *La ejecución del desahucio de vivienda*, cit., 2009, pág. 36.

empleados a las exigencias del principio de proporcionalidad (que es tanto como decir a las exigencias derivadas del conjunto de derechos consagrados por la Constitución y avalados por normas internacionales de derechos humanos) y, por otra, de impedir la vulneración del contenido esencial de derechos con el mismo rango de aquel que se pretende ejecutar.

*Octava*— Las normas de rango ordinario del ordenamiento español ofrecen diversos ejemplos de implementación de los derechos relativos a la vivienda mediante normas materiales (LAU de 1992, Código Civil) y procesales (LEC de 2000) protectoras o tuitivas de los ocupantes de vivienda. Muchas de estas normas aspiran a que el ocupante conserve su vivienda ante diversas situaciones jurídicas que, de otro modo, pudieran hacerles perder (o precarizar en grado máximo) la vivienda que ocupan (duración mínima de los arrendamientos, enervación de la acción de desahucio, normas para regular el uso de la vivienda en caso de crisis conyugal, enervación de la ejecución hipotecaria, etc.), satisfaciendo de este modo el derecho a la vivienda en su faceta de derecho a la seguridad en la tenencia.

Otras normas internas, en cambio, persiguen no tanto preservar la tenencia (evitando situaciones de desalojo ilegítimo) como regular la actividad de desalojo legítima amparada en un título legalmente reconocido (título ejecutivo), de modo que no se vulneren derechos fundamentales conforme al principio de proporcionalidad. Dicho de otro modo: tales normas pretenden que durante el lanzamiento se respeten las exigencias derivadas de la prohibición de desalojos forzosos. Pertenecen a esta categoría las normas que establecen un plazo especial de garantía para el desalojo de la vivienda habitual, así como su prórroga (art. 704.1 LEC). También cumple esta función la norma que atribuye al tribunal la potestad de adoptar las medidas «que procedan» para el lanzamiento (703.1 LEC). Tales medidas «que procedan», cuya determinación corresponde al tribunal, comprenden, sin duda, medidas para el desalojo y correlativa entrega del inmueble, pero también aquellas medidas necesarias para preservar en el curso de dicha actividad la dignidad de la persona desalojada a través de un elenco de garantías que hagan legítimo el desalojo.

*Novena*.— Para que un desalojo (lanzamiento) sea lícito conforme a la normativa internacional y regional de Derechos humanos y, por tanto, conforme a las exigencias constitucionales de proporcionalidad y prohibición de vulneración del

contenido esencial de los derechos fundamentales, interpretadas de conformidad con aquéllas, se requiere que tal desalojo esté previsto en una ley, responda a una finalidad que pueda considerarse legítima y que sea necesaria y proporcionada a la finalidad legítima perseguida. Tanto en el ámbito del Sistema de Naciones Unidas como en el ámbito del Consejo de Europa no se discute que son causas legítimas, justificativas de desalojos desde el punto de vista de los derechos humanos, los supuestos de impago de rentas o de ocupación indebida de inmuebles ajenos. La jurisprudencia del TEDH se muestra más rigurosa con las causas de desalojo de vivienda (exigiendo una motivación sólida del motivo del desalojo) cuando el titular de los inmuebles es una Administración pública.

*Décima.*— La conformidad de los desalojos con los derechos humanos requiere garantías en relación con el alcance de sus efectos o consecuencias. En términos generales, un desalojo no debe dar lugar a que queden personas sin hogar (*CG 7 § 16; Principios y Directrices sobre Desalojos, §§ 43 y 52*); en caso necesario el sistema jurídico debe contener garantías que permitan el nuevo alojamiento de los sujetos expulsados (*CDS: caso FEANTSA c. Francia, § 90; caso ERRC contra Italia, § 51; caso IM-ATD-FW c. Francia, § 80*). El desalojo que deja personas sin hogar puede ser, bajo ciertas circunstancias, una consecuencia sobre los derechos relativos a la vivienda que puede calificarse de desproporcionada en relación a la consecuencia que, de otro modo, el retraso en la ejecución provocaría sobre los derechos del demandante, por lo que podría considerarse vulneración de los derechos relativos a la vivienda; tal conclusión se refuerza si la situación de falta de vivienda lesiona el contenido esencial de algunos derechos (derecho a la integridad física o a la vida privada y familiar, por ejemplo) lo que frecuentemente ocurrirá si los sujetos desalojados están en situaciones personales o sociales de fragilidad (menores, enfermos, personas sin recursos...).

*Decimoprimera*— Desde el punto de vista de los derechos humanos económicos y sociales no existe un deber general y absoluto a cargo del Estado de proporcionar una vivienda a todo ciudadano, es decir, un deber de prestación incondicionado a este respecto (*caso Chapman c. Reino Unido §§ 98 y 99; caso Beard c. Reino Unido §§ 109 y 110; caso Marzari c. Italia*), pero esto no autoriza al Estado a

permitir que una actuación directa de sus poderes públicos prive a los ciudadanos del derecho que ya venían ejercitando cuando carecen de alternativa y el resultado del desalojo es que los ocupantes queden sin hogar (*caso FEANTSA contra Francia*, § 55). El Estado cuando menos debe respetar el *statu quo* habitacional impidiendo aumentar el número de personas sin hogar. Tal conclusión no supone que las necesidades de vivienda derivadas de un desalojo deba cubrirlas siempre el Estado directamente, de modo permanente y de forma incondicionada, cualquiera que sea la realidad económica, familiar, personal o social del demandado o la disponibilidad de los recursos para el Estado, pero sí requiere que el tribunal evalúe las circunstancias concurrentes en el caso, considere los medios y recursos disponibles y, conforme a ellos, adopte las medidas a su alcance que aseguren opciones de alojamiento estables y accesibles antes de que el desalojo tenga lugar (CDS: *caso FEANTSA c. Francia*, §§ 72, 73 y 90); es decir: el Estado debe movilizar todas las medidas al alcance de los poderes públicos para evitar que el desalojo deje a una persona o familia sin hogar a pesar de sus esfuerzos y contra su voluntad. La obligación del Estado puede colmarse ofreciendo al ocupante el tiempo (plazo) y los recursos que le permitan solucionar por sí mismo su necesidad habitacional (art. 704.1 LEC). No queda, en cambio, colmada la exigencia si los tribunales, teniendo a su alcance otras medidas (art. 703.1 LEC) consideran que su función se limita a garantizar la entrega del inmueble al acreedor y se desentienden de la suerte de su ocupante.

*Decimosegunda.*— Que el tribunal no pueda consentir que queden personas sin hogar por no disponer sus ocupantes de otra vivienda, recursos para adquirirla o apoyo familiar, social o, en su caso, público que le permita obtener alojamiento alternativo de modo inmediato, no significa que el tribunal pueda desentenderse del éxito de la ejecución. La actividad de lanzamiento continuará desarrollándose en estos casos precisamente mediante la intervención, a instancia del tribunal (art. 703.1 LEC), de las Administraciones Públicas competentes, bajo su dirección y supervisión, de modo que se desplieguen los recursos de que dispone el Estado para favorecer un abandono del inmueble en el tiempo más breve posible sin que su consecuencia sea dejar personas sin hogar. No actuar así supondría desconocer los derechos fundamentales de quienes tienen derecho a la ejecución de la sentencia y

a la entrega del inmueble. La incertidumbre del propietario (demandante de desahucio, por ejemplo) en relación con los plazos para la recuperación de su inmueble han sido considerados por el TEDH como incumplimiento de la tutela efectiva que exige el art. 6 CEDH.

*Decimotercera.*— El TEDH ha sido muy sensible en su jurisprudencia a la necesaria proporcionalidad o justo equilibrio que debe existir entre las medidas puestas en juego para alcanzar el desalojo y con ello la plena satisfacción de los derechos del titular del inmueble (entre ellos a la tutela efectiva y a la propiedad) y los que deben desplegarse para lograr que el desalojo no incurra en vulneración del derecho al domicilio (como manifestación del derecho a la vida privada amparada por el art. 8 del CEDH). En la prosecución del mencionado «equilibrio» ha señalado diversos factores concretos que los Tribunales nacionales deberían tener en cuenta al determinar las medidas de ejecución más o menos intensas procedentes para el lanzamiento en el marco de interpretación que deja el art. 703.1 LEC y conforme las exigencias de ponderación que se derivan del art. 53 CE:

a. El valor intrínseco del derecho que resulta afectado por el lanzamiento (intimidad, vida, salud, valores culturales...) y su grado de afectación. Se afirma, por ejemplo, que el derecho a la vida privada no comprende el derecho a vivir conforme a nuestras preferencias e intereses (TEDH, *casos Chapman*, § 113, *Buckley* § 81, *Connors* § 82 y 86), pero un desalojo no puede poner en peligro la vida o la integridad física del ocupante (TEDH, caso *Marzari c. Italia*, decisión de 4 de mayo de 1999).

b. Las circunstancias personales de los sujetos desalojados (sus condiciones culturales, nivel económico, edad, estado de salud, grado de discapacidad, etc.) en cuanto condicionan las posibilidades de encontrar alojamiento alternativo (a veces por las características específicas de tal alojamiento que la condición personal requiere) y pueden aumentar la repercusión del acto lanzamiento en los derechos relativos a la vivienda, agravando la situación inicial de necesidad (TEDH, *casos Chapman* § 96; *Spadea y Scalabrino*, § 39; *Saffi*, § 58; *Stankova*, §§ 25 y 26).

c. Las dificultades objetivas para encontrar un nuevo acomodo (existencia de alojamiento, público o privado, alternativo que sea accesible y asequible) en función de las circunstancias del mercado público o privado (TEDH, *casos Chapman*, §§ 103, 111, 112 y *Beard*, §§ 99, 114).

d. La responsabilidad y actitud del ejecutado frente a la situación de precariedad en que se encuentra, cooperando y usando de las oportunidades de que disponga o que se le ofrezcan por parte de las autoridades, por ejemplo, un alojamiento alternativo (*caso Marzari c. Italia*).

e. El alcance de la privación del inmueble sobre el ejecutante atendidas sus necesidades y sus circunstancias personales (TEDH, *caso Scollo c. Italia*, §§ 33, 37 y 38).

*Decimocuarta.*— El lanzamiento conforme a los derechos humanos debe realizarse de modo que se respete la dignidad de las personas afectadas. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha concretado un elenco de garantías procedimentales requeridas para la licitud del lanzamiento (CDESC, OG 7 §§ 10, 13, y 15; *Relator especial para la Vivienda adecuada: informe sobre desalojos forzosos de 2004*, § 17 y *Principios y Directrices sobre desalojos forzosos* § 41, 45, 47, 49, 50 y 54).

*a. Garantías generales y garantías desplegadas con carácter previo a la diligencia de lanzamiento.*

a.1. El tribunal debe obtener información y evaluar las consecuencias del desalojo sobre los derechos relativos a la vivienda de los ocupantes mediante la audiencia o consulta con los mismos o mediante la percepción directa de la situación de hecho en que se encuentren (CDESC, OG núm. 7, § 15.a y b). Esta garantía podría satisfacerse con la elaboración por las Administraciones públicas especializadas correspondientes de informes (y, en su caso, propuestas) sobre la situación personal y social de los ocupantes, previa realización, en su caso, de las oportunas entrevistas o visitas de inspección. Las administraciones que realicen las tareas de informe y

propuesta deben recabar el punto de vista de los ocupantes (CDS: caso *FEANTSA contra Francia*, §§ 88 y 163; y caso *IM ATD-FW contra Francia*, §§ 78 y 150)

a.2. El tribunal debe informar al ejecutado de la existencia de recursos asistenciales que puedan minimizar la repercusión del desalojo (tanto la repercusión instantánea, consecuencia inmediata de la diligencia, como el resultado final de la misma) en los derechos relativos a la vivienda y que, por consiguiente, faciliten la colaboración del demandado en el abandono o desalojo del inmueble (ONU: OG núm. 7, § 15.a y b); CDS: caso *IM ATD-FW contra Francia*, §§ 72 y 73). Esta garantía podría satisfacerse informando al ocupante tanto de los recursos asistenciales disponibles —conocidos por las Administraciones especializadas intervinientes—, en particular con relación a la posibilidad de acceso a un alojamiento alternativo, como del procedimiento necesario para acogerse a ellos, en su caso en el marco de un programa de asistencia o de inserción a cargo de las Administraciones públicas (actuando sus competencias a solicitud del tribunal e integradas en el ejercicio de la Jurisdicción). La carga de la prueba de la tarea asistencial desplegada corresponde al Estado.

a.3. Se debe otorgar a los ocupantes la posibilidad de asistencia jurídica durante el procedimiento, de carácter gratuito para quien carezca de recursos, así como la posibilidad de impugnación de las decisiones adoptadas durante el lanzamiento (ONU: OG núm. 7, § 15.g) y h); CDS: caso *FEANTSA contra Francia*, § 88). Se debe permitir la designación de abogado y procurador (cuando no se hubiera designado ya en el proceso precedente) y proceder a su nombramiento de oficio a quienes los necesiten y carezcan de recursos. A este respecto debiera hacerse información clara de este derecho (en las citaciones o requerimientos que se les dirijan) contando con la existencia de personas cuyo nivel cultural supone un desconocimiento de esta posibilidad.

a.4. Se debe dar un preaviso de desalojo con una antelación razonable (ONU: CG núm. 7, § 15.b); CDS: caso *FEANTSA contra Francia*, § 88). En términos generales, se considera que el plazo de dos meses es un plazo razonable de preaviso



(CDS: *caso FEANTSA contra Francia*, § 89). La carga de la prueba sobre la realización del preaviso recae sobre el Estado.

a.5. Se debe respetar el principio de no discriminación frente a ocupantes pertenecientes a minorías o grupos susceptibles de ser discriminados. Todas las garantías expuestas para asegurar el respeto a los derechos humanos relativos a la vivienda son exigibles sin posibilidad de verse restringidas en ninguno de sus aspectos por concurrir en los ocupantes peculiares condiciones o circunstancias de nacimiento, raza, sexo, religión, o cualquier otra (nacionalidad, por ejemplo).

*b. Garantías específicas durante la diligencia de lanzamiento.*

b.1. Es exigible la presencia de funcionarios públicos en el desalojo (ONU: OG núm. 7, § 15.d). Dicha garantía que se concreta en el proceso de ejecución mediante la dirección del lanzamiento por la Comisión judicial. Todos los sujetos públicos y privados que intervengan en la diligencia lo harán sometidos a la autoridad pública (jurisdicción) del tribunal (art. 118 CE; art. 17 LOPJ) a través de las órdenes que imparta la Comisión judicial, atendiendo las directrices contenidas en el decreto que concreta las medidas ejecutivas o el mandamiento que rige la actuación de la Comisión (en su caso, de conformidad con los protocolos de actuación del servicio que se hubiera aprobado).

b.2. Identificación por la Comisión judicial de todos los sujetos que intervienen en el desalojo y de la actividad que realiza cada uno de ellos (ONU: OG núm. 7, § 15.e).

b.3. Proporcionalidad en el empleo de la fuerza. La *vis compulsiva y ablativa* empleada, en su caso, por las fuerzas de seguridad por orden de la Comisión judicial debe limitarse al mínimo indispensable, considerando su repercusión directa en la persona o bienes del demandado, incluida su intimidad. La comisión judicial acreditará los términos de su ejercicio en el acta correspondiente. Es aplicable a estos casos el «Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley» (ONU: resolución 34/169 de la Asamblea General, de 17 de diciembre de

1979); así como la «*Declaración sobre la policía*» (Resolución 690, del Consejo Europa de 25 de septiembre de 2005) y, por analogía, el art. 552 LECrim.

b.4. El tribunal ejecutor deberá tomar en consideración las circunstancias particulares de los sujetos afectados por el lanzamiento, cuya dignidad se debe preservar en todo caso (CDS: *ERRC contra Grecia* § 51; *ERRC contra Italia*, § 41; *IM ATD-FW contra Francia*, § 77; *ERRC contra Bulgaria*, § 56); debe atender en particular las necesidades específicas de las personas más vulnerables (ONU: OG núm. 7, § 10; CDS: *caso FEANTSA contra Francia* § 56.e). La carga de la prueba relativa al respeto de la dignidad de las personas afectadas por el lanzamiento recae sobre el Estado (CSE: *ERRC contra Grecia*, §§ 49 y 50; *ERRC contra Italia*, § 42; *FEANTSA contra Francia*, § 166 y 167). Debe identificarse y abordarse la presencia de sujetos con necesidades especiales (ancianos, niños, enfermos físicos o síquicos, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, víctimas de la violencia doméstica, refugiados y solicitantes de asilo, emigrantes, etc.); identificar y localizar los medios necesarios para evitar que el lanzamiento les afecte de modo excesivo o desproporcionado (garantizando, por ejemplo, la disponibilidad de plazas en hospitales, centros de acogida, presencia de personal especializado para tratar con menores, enfermos físicos o psíquicos, traductor para quienes desconozcan la lengua, etc.) y, en su caso, proporcionar información a los destinatarios sobre los recursos asistenciales disponibles y el modo de acceder a los mismos. Todo ello se puede realizar a través de las Administraciones públicas competentes presentes en el acto mismo del lanzamiento por orden del tribunal sea para supervisar o para contribuir al éxito de las medidas previstas. Esta función, se desarrollará, en todo caso, bajo la jurisdicción del tribunal pues forma parte de las medidas que el tribunal habrá acordado para garantizar la tutela efectiva del demandado (que corresponde al tribunal directamente, sin perjuicio de competencias —administrativas— concurrentes) mediante el respeto de sus derechos humanos relativos a la vivienda.

b.5. Se deben evaluar las circunstancias de tiempo y lugar al realizar el señalamiento para preservar derechos humanos relativos a la vivienda (ONU: OG núm. 7, § 15.f); *Principios Generales y Directrices sobre Desalojos*, § 49; CDS: *caso FEANTSA*

*contra Francia*, § 88; *ERRC c. Italia*, § 41). No pueden realizarse desalojos, cuando haga muy mal tiempo o de noche (en garantía del derecho a la salud o la integridad física), en época de festividades religiosas (en garantía de la libertad de culto, la vida familiar y el libre desarrollo de la personalidad), en periodos electorales (para preservar el derecho al voto en cuanto dependa de la proximidad de los centros electorales), en fechas de exámenes (pues con la interrupción de la actividad académica se puede vulnerar el derecho a la educación)...

*c) Garantías específicas exigibles una vez finalizada la diligencia de lanzamiento.*

c.1. Indemnización de todos los daños que el lanzamiento haya producido indebidamente en los ocupantes (ONU: OG 7, § 13). El incumplimiento de cualquiera de las garantías anteriores constituye un ilícito indemnizable pues el tribunal ejecutante no puede abdicar de su responsabilidad en el respeto a los derechos humanos por el mero hecho del lanzamiento. Un uso excesivo e indebido de la fuerza, por ejemplo, con destrucción de propiedad privada o de daños a las personas, será indemnizable; del mismo modo un desalojo en condiciones atmosféricas adversas con repercusión en la salud o deterioro de los bienes; etc.

c.2. Impugnabilidad de la actividad realizada que no hubiera podido ser recurrida previamente (principio de subsidiariedad) (ONU: CG núm. 7, § 13). Todo ilícito cometido en el curso del lanzamiento con la afectación de derechos fundamentales y sin amparo en una resolución anterior susceptible de haber sido recurrida debe poder ser impugnada mediante el escrito previsto en el art. 562.1.3.º LEC (en el que se podrá pedir la suspensión de la diligencia) previa interrupción de la diligencia en curso. En caso de no verificarse la interrupción de la diligencia la parte afectada tendrá acceso al incidente de nulidad de actuaciones (art. 228 LEC). La negación del incidente o su desestimación abrirá la vía para el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y, posteriormente ante el TEDH o ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

*Decimoquinta.*— La proporcionalidad entre medios y fines en el lanzamiento impone exigencias referidas a la propia actividad de ponderación:

a. El procedimiento seguido para adoptar decisiones sobre los medios de ejecución que se seleccionan debe ser, en sí mismo, razonable (TEDH: *casos Chapman, Beard, Jane, Lee y Coster contra Reino Unido*), evitándose mecanismos sumarios que no den a las partes la oportunidad de ser oídas y exponer su situación personal a consecuencia del desalojo (TEDH: *casos Chapman contra Reino Unido*, § 92 y *Connors contra Reino Unido*, § 83).

b. Ciertas salvaguardias procedimentales deben asegurar que el funcionamiento del sistema de desalojo y su impacto en los derechos de propiedad y a un proceso sin dilaciones no sean arbitrarios ni impredecibles (TEDH: *caso Saffi c. Italia*, §§ 54 y 56; *caso Hutten-Czapska c. Polonia* [GS], § 168).

c. No es exigible, sin embargo, que el tribunal agote en su razonamiento todas las consideraciones humanitarias posibles (TEDH: *caso Chapman c. Reino Unido*, § 115).

*Decimosexta.*— El retraso excesivo en el lanzamiento no puede considerarse respetuoso con el derecho a la tutela y a la propiedad aun cuando se deba a las consideraciones otorgadas a los derechos relativos a la vivienda (para evitar dejar personas sin hogar o para atender la proporcionalidad entre medios y fines) si tal dilación se hubiera evitado al organizar el Estado adecuadamente su sistema de ejecución (TEDH: *caso Cvijetic c. Croacia* §§ 42 y 53; CDS: *caso FEANTSA c. Francia*, § 91; *caso IM ATD-FW c. Francia*, §§ 77, 81 y 82). Ciertamente, el carácter indebido de la dilación no procede en estos supuestos de la actuación del órgano jurisdiccional, que, atendidas las circunstancias, adoptó la medida dilatoria imprescindible para garantizar los derechos humanos relativos a la vivienda con la menor lesión del derecho de tutela sino de la conducta del Estado (en particular, el poder legislativo o el ejecutivo) que no organizó su sistema de ejecución forzosa de modo adecuado para proceder al lanzamiento sin dilaciones y sin vulnerar el derecho a la vivienda del ocupante. La mencionada inadecuación estructural del sistema de ejecución no es de aplicación cuando la dilación se debe a circunstancias imprevisibles, a la complejidad del caso o a la propia culpa del ejecutante (TEDH: *caso Cvijeti c. Croacia* §. 40 y 42; *caso Novoseletskiy c. Ucrania* § 74).



CUARTA PARTE

---

**Actividad procesal de lanzamiento  
con todas las garantías**



En esta última parte de nuestro trabajo pretendemos realizar una exposición sistemática de los actos procesales que configuran la fase de lanzamiento, el *processus iudicii* del lanzamiento, aunque en este momento procesal, parafraseando a CARNELUTTI, el derecho más que «decirse», «se hace» (siendo ambas formas de su aplicación jurisdiccional). De este modo, queremos demostrar, en el terreno concreto de la actividad ejecutiva, en qué medida la concepción de la ejecución forzosa como verdadero proceso, mecanismo de aplicación garantista del derecho, permite ponderar la tutela efectiva debida al acreedor con la consideración igualmente debida a los derechos del demandado afectados por la ejecución.

La tipología de actos del lanzamiento y su secuencia ha sido sólo esbozada en la LEC, con la ya mencionada intención de dejar al tribunal un amplio margen interpretativo para poder considerar las circunstancias concurrentes en cada caso y que deban ser tenidas en cuenta para aplicar el derecho material pertinente y, en su caso, el principio de proporcionalidad. El art. 703 LEC se refiere a la actividad de ejecución para la entrega de un inmueble como aquella «*que proceda*». En este mismo sentido, cuando la actividad se deba desarrollar con la cooperación del ejecutado, se otorgará el plazo «que el tribunal *estime adecuado*» (art. 699 LEC); adoptándose, caso de no poderse dar cumplimiento inmediato a la condena, aquellas medidas de garantía que para asegurar la efectividad de la condena «*resulten adecuadas*» (art. 700 LEC). Puede hablarse, a este respecto, de una considerable exigencia interpretativa para el órgano jurisdiccional<sup>1</sup>.

Debe notarse, abundando en el sentido expuesto, que las normas legales (y en este

---

<sup>1</sup> Esta tendencia a la indefinición en la ejecución de sentencias no dinerarias procede de la LEC de 1855 y se mantiene en la de 1881; según el art. 895 LEC de 1855: «Si la sentencia contuviera condena de hacer o de no hacer, o de entregar alguna cosa, se procederá a darle cumplimiento empleando *los medios necesarios* al efecto [para lograr el dar, hacer o no hacer]». Del mismo modo, la LEC de 1881: «Si la sentencia contuviera condena de hacer, o de no hacer, o de entregar alguna cosa o cantidad ilíquida, se procederá a darle cumplimiento, empleando *los medios necesarios* al efecto [para tales prestaciones], y que se expresan en los artículos que siguen [...]» (art. 923 LEC de 1881); en «los artículos que siguen», sin embargo, se volvía a aludir a dichos medios, de modo también indefinido: «Cuando en virtud de la sentencia deba entregarse al que ganó el pleito alguna cosa inmueble, se procederá inmediatamente a ponerlo en posesión de la misma, practicando a este fin las *diligencias conducentes* que solicite el interesado» (art. 926 LEC de 1881). El subrayado es siempre nuestro.



punto señaladamente el art. 703 LEC) se centran más en el resultado que se persigue, la desposesión del inmueble que permita su apropiación por el demandante (el lanzamiento como resultado satisfactivo para el demandante), que en la concreta actividad procesal mediante la cual se ha de alcanzar (el lanzamiento como actividad procesal). La ley deja la concreción de los medios al Tribunal. Dicho de otra forma: el lanzamiento se describe indirectamente y «por compresión», señalando el efecto que consigue (el abandono forzoso por el ejecutado del inmueble que ocupa, indebidamente según un título ejecutivo), pero no se define analíticamente o «por extensión», exponiendo pormenorizadamente su dinámica operativa (como, en cambio, hace la Ley cuando regulan minuciosamente las diversas tareas de embargo o de enajenación forzosa de bienes en la ejecución encaminada a la entrega de una cantidad de dinero o ejecución dineraria). Esta amplitud de la tarea interpretativa del Tribunal para decidir las actividades de lanzamiento ha sido, en general, valorada de modo positivo por la doctrina<sup>2</sup>, al considerarla un mecanismo de adaptación de la actividad ejecutiva concreta a las circunstancias de cada caso<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> FERNÁNDEZ-BALLESTEROS aplaude el juez amplio margen que se concede al tribunal sin limitarlo «con abrumadoras previsiones legales que corren el riesgo de ser insuficientes» (Derecho procesal civil, tomo III, 1995, cit., pág. 238). Según CARBALLO PIÑEIRO (con referencia a la ley de 1881): «la ausencia de una mayor concreción sobre los medios ejecutivos que cabe emplear merece, en línea con lo argumentado hasta el momento, una valoración positiva, ya que permite al ejecutor adaptarse a las peculiaridades del caso concreto» (Carballo Piñeiro, Laura, *Ejecución de condenas de dar*, J.M. Bosch, Editor, Barcelona, 2001, pág. 156).

En cambio, TAPIA FERNÁNDEZ entiende (también en alusión a los medios previstos en la LEC de 1881) que «hubiera sido deseable que la Ley hubiera previsto con más detalle las diligencias aptas para tal fin» (*Las condenas*, pág. 149). Para esta autora tal discrecionalidad se basa, sin duda, «en la idea de que no podían determinarse a priori los medios necesarios para hacer efectivas las ejecutorias, por no ser fácil prever la diversidad de casos y circunstancias», por lo que «no estableció limitación alguna de los medios susceptibles de ser empleados» (Tapia Fernández, Isabel, *Las condenas no pecuniarias*, Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, Palma, 1984, pág. 101). En el mismo sentido (como defecto legal) SANTOS MARTÍNEZ, Albert M., *La ejecución del desahucio de vivienda*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 290, nota 499.

<sup>3</sup> PÉREZ DEL BLANCO afirma que «en la ejecución de condenas a entregar cosa inmueble se utilizarán unos medios u otros dependiendo de las circunstancias fácticas en que se encuentre la cosa inmueble. El procedimiento que regula el art. 703 LEC está presidido, sin duda, por la importante libertad otorgada al órgano jurisdiccional para que realice cuanto estime necesario para adecuar la realidad de la cosa inmueble a lo previsto por el título de ejecución. Se prevé que el órgano ordene “lo que proceda” según el contenido de la condena, añadiendo además que realizará “lo necesario”, pero limitada esta cláusula al ámbito de la realidad registral del inmueble. [...]» (Pérez del Blanco, Gilberto, *La ejecución no dineraria en la nueva LEC. (Condenas de hacer, no hacer y dar)*, Universidad de León, 2001, pág.137)». En el mismo sentido, ROBLES GARZÓN afirma que «la ley, consciente de la variedad de supuestos que puede llevar a dictar una sentencia con este contenido —título judicial— deja abierta

Sin embargo, dicho margen interpretativo antes que como discrecionalidad debe ser interpretado como sometimiento del tribunal a principios jurídicos contrapuestos que buscan maximizar los derechos fundamentales potencialmente en presencia: determinar la actividad de tutela del derecho del acreedor (amparado por el art. 24 CE) sin desvirtuar el reconocimiento, respeto y protección de los derechos fundamentales vinculados a la vivienda, lo que supone la invocación implícita del principio de proporcionalidad como principio instrumental necesario para articular interpretativamente principios garantes de posiciones jurídicas de derecho fundamental cuya satisfacción, en términos absolutos, resulta mutuamente excluyente.

No puede, por consiguiente, calificarse de discrecional en sentido propio el ámbito dejado al tribunal para la determinación de los actos en que ha de concretarse la actividad jurisdiccional de lanzamiento. La decisión del tribunal se rige por principios que hacen de ella una decisión reglada aunque, sin duda, sometida a una interpretación compleja que no se limita a una mera subsunción normativa sino que requiere acudir a técnicas de ponderación que conllevan la consideración contextualizada, atendiendo a las particulares circunstancias (jurídicas y materiales) concurrentes en cada caso así como a los medios o recursos materiales de los que el tribunal pueda disponer en un momento determinado —en su caso, a través de las Administraciones públicas especializadas competentes—.

Esta forma de actuar del tribunal no puede considerarse ajena a la función y razón de ser del proceso de ejecución; al contrario, responde a exigencias intrínsecas a todo proceso: es consustancial a su naturaleza. El proceso de ejecución, considerado, como todo proceso, un mecanismo para la aplicación del derecho con todas las garantías (y, en este sentido, también las garantías necesarias para una aplicación acertada y, por ello, justa de las normas) se refiere a un objeto procesal (delimitado por la pretensión) que se presenta, al menos parcial o, cuando menos, potencialmente, conflictivo o indeterminado (a pesar del título ejecutivo), al quedar

---

las actuaciones que han de realizarse para dar plena efectividad al título [...] dispondrá lo que proceda [...] art. 703.1 » (Robles Garzón, Juan Antonio, «La ejecución por obligaciones de dar», apartado 1180, (DROP\_1921) en AA.VV. (Coordinador: Gutiérrez-Alviz Conradi), *Exposición de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, ed. digital).

afectados por la tarea de satisfacción del demandante un conjunto de bienes o valores del demandado —integrados en su esfera jurídica— legalmente protegidos y no todos ellos expresamente considerados ni, menos aun, expresamente restringidos por la sentencia o título que se ejecuta. Por esta razón, tales bienes o valores deben ser amparados en el propio proceso de ejecución aplicándose reglas expresas y específicas de procedimiento o, rectamente interpretadas en tal sentido tuitivo, sí como, cuando el tribunal dispone de un amplio marco interpretativo, directamente por el tribunal al determinar los medios de ejecución. La cognición que el tribunal ha de desarrollar para ello requiere, como exigencia indeclinable de todo proceso, la posibilidad de contradicción dialéctica entre posiciones enfrentadas (*audiatur et altera pars*), si bien ésta adoptará la modalidad propia del proceso de ejecución que no es otra que la contradicción reactiva o diferida, es decir, mediante mecanismos de impugnación frente a las resoluciones y actos procesales.

En esta última parte de nuestro trabajo vamos a exponer sistemáticamente la actividad que cabe desarrollar por orden del tribunal en ejecución de un título que ordena el lanzamiento de vivienda. No pretenderemos, sin embargo, presentar una secuencia cerrada e inamovible de actos jurídicos, subordinados como están a las circunstancias concretas concurrentes en cada supuesto de hecho y dependientes, por esta razón, de ponderaciones que pueden conducir a opciones muy variadas. En cambio, trataremos de exponer una tipología de potenciales actos de ejecución en función, asimismo, de una tipología de situaciones hipotéticas, pero abordando en todo caso, el sentido o función de cada tipo de acto y su ubicación cronológica y dogmática en la estructura general del lanzamiento, es decir, en el marco reglado dentro del cual se desarrolla la actuación judicial.

Como hemos tenido ocasión de destacar, el lanzamiento —como fase procesal— está marcado por el desarrollo en su seno de una secuencia de actos procesales: (un trámite) que, en ocasiones, parece oscurecer el conjunto de la actividad que potencialmente, puede desarrollarse en dicha fase procesal. Nos referimos a la que hemos denominado «diligencia de lanzamiento», a realizar en día y hora (los señalados por el tribunal) y en un lugar (el propio inmueble) determinados con precisión. Es el momento previsto para, potencialmente, realizar en unidad de acto

la actividad necesaria que logre la transferencia posesoria (lanzamiento como resultado). No obstante, tal diligencia es menos instantánea de lo que pudiera parecer y, en todo caso, va precedida de una actividad previa (que, al menos en el caso general, se desarrolla durante los plazos legales otorgados en garantía del ocupante de vivienda) durante la cual se puede (y se debe) desarrollar una actividad procesal tanto para preparar la diligencia posterior e impedir que su realización vulnere los derechos fundamentales del demandado, así como para evitarla o hacerla innecesaria en la medida de lo posible. Por esta razón, dedicamos sendos capítulos (segundo y tercero) a estas dos “sub-fases” del lanzamiento: la fase de preparación y evitación de la diligencia de lanzamiento y la fase de desarrollo de la diligencia de lanzamiento; dedicando un capítulo previo (capítulo primero) a exponer el criterio que nos permitirá identificar ambas fases: el otorgamiento de plazo y el señalamiento de la fecha de lanzamiento.

Finalmente, como ya hemos venido exponiendo, las modificaciones que el juicio de desahucio ha experimentado desde 2003 han conducido a una modalidad especial de lanzamiento, el denominado «lanzamiento directo», en el cual la diligencia de lanzamiento se convierte en el primer acto (y, aparentemente, único acto) de la fase de lanzamiento (y del proceso de ejecución mismo: la denominada «ejecución directa»). Debemos destacar las peculiaridades que sobre el modelo general de lanzamiento representa esta forma de ejecución de sentencias de desahucio, lo que haremos al hilo de cada una de las fases antes expuestas y, por tanto, en los capítulos correspondientes.



**Estructura y tipología de la fase de lanzamiento**

---

1. Sistema originario de lanzamiento en la LEC de 2000: lanzamiento ordinario ( <a href="#">829</a> )	
1.1. La actividad procesal de lanzamiento como fase procesal. . . . .	<a href="#">829</a>
1.2. Las etapas de la fase procesal de lanzamiento. . . . .	<a href="#">832</a>
2. El sistema introducido por leyes de 2003 y 2009: lanzamiento directo ( <a href="#">842</a> )	
2.1. La dualidad de sistemas de lanzamiento: antecedentes... . . . .	<a href="#">842</a>
2.2. Características del lanzamiento directo (ejecución de sentencias de desahucio)... .	<a href="#">849</a>
2.3. Interpretación restrictiva o correctora del lanzamiento directo. . . . .	<a href="#">860</a>
2.3.1. Posibilidad de mantener el plazo de garantía. . . . .	<a href="#">860</a>
2.3.2. Posibilidad de mantener el despacho y la oposición a la ejecución. . . . .	<a href="#">870</a>
2.4. Naturaleza y fases del lanzamiento directo. . . . .	<a href="#">872</a>

---

**1. Sistema originario de lanzamiento en la LEC de 2000: lanzamiento ordinario**

*1.1. La actividad procesal de lanzamiento como fase procesal*

La LEC de 2000 ha concebido la ejecución como un proceso autónomo, estructuralmente independiente del proceso de declaración, aun cuando esté, en ocasiones (cuando se trata de ejecutar títulos de origen judicial), vinculado funcionalmente al mismo. El proceso de ejecución se origina en virtud de la interposición de una demanda de ejecución (art. 549.1 LEC) en respuesta a la cual el tribunal dictará, en su caso (tras una cognición inicial *inaudita parte debitoris*), el despacho de ejecución correspondiente, accediendo a la ejecución, así como la orden general de ejecución, concretando la extensión objetiva, subjetiva y funcional de la ejecución, y el decreto de concreción de medidas de ejecución (arts. 551.1 y 2 LEC). La contradicción propia de todo proceso puede surgir tras el despacho, de forma reactiva y por iniciativa del demandado, mediante la oposición al despacho (oposición a la ejecución) o la impugnación del alcance atribuido a la ejecución o las medidas concretas adoptadas, generando la contradicción reactiva propia de este proceso (arts. 562 y 563 LEC).

Hemos definido el lanzamiento (véase la segunda parte de este trabajo) como una fase procesal a desarrollar tras el despacho de ejecución en aquellos supuestos en los que la pretensión formulada en la demanda y cuya satisfacción el tribunal asume con el despacho de ejecución y delimita con la orden general de ejecución, aspira a privar al demandado de la posesión inmediata que ostenta sobre el bien inmueble y a la que no tiene derecho según el título ejecutivo. El lanzamiento, como tal fase procesal, viene, por tanto, precedido por la actividad común a todo tipo de ejecución: la que, genéricamente, puede calificarse como «fase de despacho de la ejecución» (aun cuando su resultado pueda ser que se deniegue tal despacho). Comprende la mencionada fase la pretensión de la parte demandante en relación al despacho y la respuesta del tribunal a dicha pretensión (despacho y orden general de la ejecución o, en su caso, denegación de la ejecución) con carácter necesario; y, eventualmente, el trámite de oposición a la ejecución y la subsiguiente contradicción, cognición y resolución por el tribunal.

El acto de pretensión, como todo acto de tal naturaleza, es, por una parte, la petición de una satisfacción procesal (acorde con lo que dispone un título ejecutivo) mediante la actividad ejecutiva correspondiente (*petitum*); por otra parte, la afirmación o alegación de una causa jurídica de lo que se pide (*causa petendi*): afirmación de la existencia, vigencia y eficacia de una acción ejecutiva (en cuanto derecho a la satisfacción en vía ejecutiva del interés correspondiente a prestación a cargo del deudor) tal como deduce del título ejecutivo, así como del derecho —instrumental del anterior— al despacho de ejecución (como derecho a que se inicie y desarrolle la actividad ejecutiva al amparo exclusivamente formal del título ejecutivo que se aporta). El acto judicial de despacho es la resolución judicial que ordena el desarrollo de la actividad procesal necesaria para dar satisfacción (aunque no sea de forma instantánea) a la pretensión ejecutiva formulada y la orden general de ejecución la resolución judicial (contenida formalmente en el mismo auto que la anterior) que delimita el ámbito subjetivo, objetivo y, al menos en caso de la ejecución dineraria, también funcional o relativo a la actividad (es decir, la orden de embargo de bienes) de la ejecución despachada. Finalmente, integra esta fase inicial o de despacho el trámite de oposición a la ejecución, trámite eventual para el caso de que el demandado alce la carga en que esta oposición consiste. Mediante

la oposición, el demandado puede cuestionar la existencia del derecho al despacho de la ejecución (por falta de regularidad formal del título o de presupuestos procesales) así como la existencia, vigencia o eficacia del derecho de acción ejecutiva (oposición por motivos de fondo). En cambio, el alcance otorgado a la pretensión por la orden general podrá ser recurrido mediante los recursos de reposición y apelación tal como señala el art. 563 LEC.

Paralela, en parte, a la fase anterior (pues aunque siempre es posterior al despacho y a la orden general de ejecución, se desarrolla en ocasiones al propio tiempo que la oposición) y a cargo en gran medida del secretario judicial, se inicia una segunda fase para la resolución (mediante el decreto de concreción de medidas ejecutivas), la ordenación (mediante los exhortos, oficios, mandamientos y requerimientos oportunos) y la materialización (a través de la actividad en cumplimiento —a cargo de los distintos Cuerpos de funcionarios del juzgado—) de la actividad de ejecución necesaria para dar satisfacción al acreedor a cuyo favor se hubiera despachado la ejecución. Tal actividad satisfactiva depende del tipo de prestación que expresa el título ejecutivo, de la pretensión de ejecución formulada en la demanda y de la medida en que todo ello haya sido considerado por la orden general de ejecución así como de las circunstancias concurrentes y posteriores que pueden determinar la novación objetiva o subjetiva de la misma. En función de las diferentes prestaciones que el título expresa (o de la modalidad de satisfacción en que se resuelven en caso de imposibilidad o inadecuación de la satisfacción específica) esta segunda fase adquiere perfiles o modalidades muy diferentes (que, en gran medida, “tiñen” conceptualmente el conjunto del proceso: procesos de ejecución forzosa de prestaciones de dar —distinguiendo el dar dinerario del dar de cosas específicas—, de hacer —distinguiendo el personalísimo del no personalísimo y de la emisión de declaraciones de voluntad— o de no hacer) y se subdivide, a su vez, en fases (ya sub-fases o etapas) que varían también en función de la actividad procesal necesaria para cada modalidad (etapas de embargo, apremio y pago en el caso de la ejecución dineraria, por ejemplo). Es esta segunda fase procesal de concreción de la actividad ejecutiva, para la adopción y materialización de medidas concretas de ejecución, la que, orientada a la entrega de posesión inmediata del inmueble, identificamos con el lanzamiento. Es decir, el lanzamiento se presenta como una modalidad de esta segunda fase, típica del proceso de ejecución.



Hay que destacar, nuevamente (véase la parte segunda de nuestro estudio), que el proceso de ejecución, sometido por su naturaleza al contraste con la realidad de la esfera jurídica del deudor (cuya inmisión coactiva y sustitutiva constituye uno de sus rasgos individualizadores), permite una gran permeabilidad (que puede explicarse a partir del principio de eficacia) entre las diferentes modalidades (fases) de concreción ejecutiva; de este modo, por ejemplo, una actividad procesal (fase) de apremio fallida puede transformarse en actividad procesal (fase) de adjudicación en pago o para pago que, a su vez, requiera instrumentalmente de la actividad de lanzamiento que, en este caso, se inserta como una fase más (y no la última: si la adjudicación es efectuada para pago —*pro solvendo*— todavía habrá que realizar la actividad procesal necesaria para liquidar la situación y restituir el inmueble).

La fase de lanzamiento comienza una vez reconocido el derecho al despacho de ejecución y ordenada por el tribunal la satisfacción del acreedor en los términos acordados con el título y la pretensión ejecutiva el secretario judicial dicta decreto en que decide que procede la entrega de la posesión inmediata del inmueble mediante desposesión coactiva del mismo al demandado —y aun del tercero que no justifique mejor derecho a poseer— y termina con el éxito de la entrega posesoria (consumación del lanzamiento) o la constatación judicial de su imposibilidad lo que conducirá a una nueva fase de novación objetiva con transformación de la prestación específica en un equivalente pecuniario y el ulterior desarrollo de las fases de embargo, apremio y pago, propias (pero no exclusivas) de la ejecución dineraria.

### *1.2. Las etapas de la fase procesal de lanzamiento*

Habiendo caracterizado el lanzamiento como una modalidad de la fase de concreción ejecutiva del proceso de ejecución (distinguiéndola así de la fase inicial de despacho) es posible realizar dentro de la misma una ulterior división de la actividad procesal que la integra subdividiéndola en diferentes tramos de actos (sub-fases o etapas) agrupados en virtud de las funciones parciales para las que están concebidas en el marco de la finalidad última de la actividad de lanzamiento (desposesión y entrega coactiva del bien inmueble).

Para hacer la división en tramos o fases del lanzamiento hay que destacar, en primer lugar, que la actividad de lanzamiento está condicionada temporalmente por la «fecha de lanzamiento» en la que habrá de iniciarse la diligencia de este nombre. A esta delimitación temporal contribuye, cuando existe, el plazo de garantía (gracia o humanidad) previo a la diligencia de lanzamiento y siempre anterior a la fecha mencionada.

En la actividad ejecutiva de lanzamiento concebida originariamente por la LEC de 2000, el propio auto despachando la ejecución contenía siempre el señalamiento de un plazo para el cumplimiento de prestaciones no dinerarias (art. 699 LEC) lo que incluía la entrega de bienes inmuebles; tras la ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la LEC para la implantación de la nueva Oficina Judicial y, entre otros, para el supuesto de entrega de bienes inmuebles, corresponde su fijación al secretario judicial mediante decreto (art. 703.1 LEC,); para el caso de vivienda habitual la duración de este plazo viene expresamente determinada por la ley en un mes de duración (art. 704.1 LEC).

Este plazo configura, a los efectos de la división estructural de la fase de lanzamiento que ahora nos interesa, dos etapas o sub-fases que podemos denominar «etapa de preparación y evitación de la diligencia de lanzamiento» y «etapa de desarrollo de la diligencia de lanzamiento». En principio, el *dies ad quem* o de finalización del plazo de garantía debe coincidir con el *dies a quo* o de inicio de la diligencia de lanzamiento: para favorecer que así sea, el párrafo segundo del art. 704.1 LEC establece que otorgamiento de plazo y el señalamiento de fecha —o su prórroga— se realicen en un mismo decreto). En los supuestos de lanzamiento directo la única referencia temporal de la fase de lanzamiento es la fecha de lanzamiento, pues no hay otorgamiento de plazo. Esto no significa que la fase de preparación de la diligencia se delimite indirectamente por la fecha mencionada (entre la sentencia de desahucio y la diligencia de lanzamiento) sino que desaparece dicha etapa (lanzamiento directo). Sobre esta cuestión volveremos más adelante. Si el lanzamiento no es de vivienda habitual el señalamiento de plazo no debe ir forzosamente acompañado de un señalamiento. En este caso, si bien la fase de preparación y evitación se extiende durante el plazo otorgado, finalizado éste comienza la

siguiente fase, siendo el primero de los actos que comprende, precisamente, el de señalamiento de la diligencia.

Durante el transcurso del plazo (hasta su vencimiento) se desarrolla la primera fase, que tiene por función preparar la ulterior diligencia (adoptando tanto medidas de preparación propiamente dichas como medidas cautelares que impidan que la espera haga perder su eficacia a la diligencia) así como favorecer la cooperación del ejecutado con la realización del desalojo de modo que haga innecesaria la posterior diligencia de lanzamiento. En esta primera etapa del lanzamiento sólo el demandado puede realizar la actividad de puesta en posesión. No puede hablarse, sin embargo, de una actividad de verdadero cumplimiento, es decir, de una actividad plenamente voluntaria de satisfacción del demandante. La actividad de parte se desarrolla en el seno de un proceso de ejecución forzosa, el demandado ha recibido una orden del tribunal y debe acatarla (no es libre para no hacerlo) aunque para ello se le permita disponer de su voluntad y la coerción del tribunal (que se exterioriza en la orden de cumplimiento y los apercibimientos a que alude el art. 699 LEC), sigue presente en todo momento, aun cuando sea de una forma indirecta o mitigada: el ocupante ha recibido una orden de abandonar el inmueble y pesa sobre él la amenaza de una ulterior coerción (indirecta —*vis compulsiva o vis ánimo*—, pues la Comisión judicial volverá a ordenarle, ahora *in situ*, el abandono del inmueble —en su caso con presencia de la policía— o, incluso, coerción directa —*vis ablativa o vis física*, absoluta—) de no hacerlo. Puede decirse que su voluntad está “viciada” o forzada por la amenaza de coerción (de ahí que se hable de ejecución psicológica).

La razón que explica y justifica la actividad de desalojo mediante la colaboración del demandado (función de evitación de la diligencia de lanzamiento) es doble. En primer lugar, con ella se persigue garantizar los propios derechos constitucionales del demandado vinculados al inmueble, sea éste una vivienda (derecho a la intimidad o a la integridad física, por ejemplo) u otro tipo de inmueble (derecho al trabajo —inmueble en que se desarrolla una actividad productiva, un centro de trabajo—, derecho a la propiedad privada —un almacén—, etc.); es decir, se pretende que los derechos del demandado, sobre todo aquellos consagrados constitucionalmente y más aun si tienen rango fundamental no sufran más lesión de la necesaria para la satisfacción del demandante (principio de proporcionalidad).

Nuestro legislador ha entendido a este respecto (en nuestra opinión, con buen criterio) que el desalojo del inmueble se alcanza con menos repercusión (y mayor previsibilidad) sobre los derechos del ocupante si se le permite adoptar sus propias decisiones respecto al desalojo. Si la voluntad del demandado está implicada (aunque sea de modo forzado) puede adoptar (por propio interés) las decisiones más oportunas para preservar aquellos bienes jurídicos que no deban verse afectados por la sentencia. La coerción directa —la *vis física*— es un mecanismo menos controlable en sus efectos y consecuencias y su puesta en práctica fácilmente desborda los daños previstos inicialmente (con consecuencias imprevisibles, por ejemplo, en la vida privada o en la integridad física de los ocupantes e incluso de la comisión judicial); en este sentido el plazo de garantía (y la etapa procesal que delimita) están en coherencia con la prevención (que no prohibición) hacia los medios de coerción directa que manifiesta nuestro ordenamiento procesal. Adoptando una perspectiva ajena al derecho constitucional y a los derechos humanos y fundamentales esta primera razón para buscar la colaboración del demandado, se ha asimilado tradicionalmente a motivos éticos o de mera benevolencia o generosidad del legislador (o de la sociedad que la ley representa o del juez que la aplica) caracterizándose de este modo el plazo que delimita su colaboración (y la etapa en que se inserta) como «plazo de gracia» o «plazo de humanidad». Tal enfoque debe considerarse superado: son exigencias de rango constitucional, avaladas por los compromisos internacionales en materia de derechos humanos asumidos por nuestro Estado social y democrático de derecho, las que justifican y fundamentan la técnica de entrega forzosa mediante cooperación del ejecutado. El plazo que delimita esta cooperación es un plazo en garantía de tales derechos. La segunda razón para contar en el desalojo con la voluntad o cooperación (aunque sea forzada) del ocupante es funcional a la propia eficacia de la ejecución para el demandante. Aunque pueda parecer que sólo el ocupante recibe, en principio, un beneficio (pues dispone de un tiempo para organizar su propia salida y, puede recibir para ello asistencia de las Administraciones Públicas competentes) con detrimento del demandante (que sólo recibe el inmueble tras el plazo) también el demandante se ve favorecido si el resultado final es el efectivo abandono del inmueble. Es decir, en términos generales puede ser (si el demandado abandona el inmueble en el plazo que se le otorga) una modalidad de desalojo más efectiva de lo que sería el empleo inmediato de mecanismos de coerción más expeditivos.

La segunda función de esta etapa (la preparación de la diligencia de lanzamiento), a diferencia de la función de evitación, está pensada al servicio de la siguiente. Dentro de esta segunda función podemos distinguir entre una función estrictamente preparatoria, de modo que la espera impuesta por el plazo de garantía se utilice de forma productiva respecto de la siguiente (adoptando, por ejemplo, las previsiones oportunas —exhortos, oficios, mandamientos y requerimientos— para contar con los medios materiales necesarios llegada la fecha del lanzamiento) evitando dilaciones indebidas en el proceso y una función de cautela o preventiva (art. 700 LEC) para evitar que la espera que supone el plazo de garantía haga inviable o ineficaz la diligencia de lanzamiento (o, en su caso, la obtención de su equivalente pecuniario), lo cual es otra forma de preparar dicha diligencia.

Se ha criticado este plazo de garantía previo a la diligencia de lanzamiento por considerarlo innecesario al ser redundante respecto de aquel que establece el art. 548 LEC como plazo para interponerla demanda de ejecución (o, más precisamente, para que, una vez interpuesta, sea admisible su despacho), el tradicionalmente denominado «plazo de espera»<sup>4</sup>, correspondiente al *tempus*

---

<sup>4</sup> En el derecho histórico español este plazo fue de diez días para pago de dinero y de tres días para entrega de bienes muebles o inmuebles. En este sentido, vid. Ley 1, tit. 17, lib. 11 Novísima Recopilación, que recoge la Ley 7, tit. 15, lib. 2 del Fuero Real y la norma dada por Juan II en Ocaña en el año 1422 según la cual «Ordenamos que despues que el juicio, que se diere por el Alcalde, fuere confirmado o pasado en cosa juzgada, que el Alcalde que diere el juicio lo haga cumplir y executar hasta tercero día, si fuere sobre raiz ó mueble, que no sea de dineros; y si el juicio fuere dado sobre dineros, hagalo el Alcalde executar hasta diez días»; en el mismo sentido la Ley 6, tit. 17, lib. 4 de la Recopilación, la ley 9, tit. 15, libro 2 del Fuero Real, Leyes 19, tit. 22 y 5 tit. 27 de la Partida 3 y Ley 13, tit. 16, libro 3 de las Ordenanzas Reales. (vid. García Goyena y otros, Febrero, 1844, segunda edición, Tomo VI, De la ejecución de sentencias, págs. 274 a 276). Dichos plazos fueron suprimidos en las Leyes de enjuiciamiento de 1855 y 1881. Según MANRESA, MIQUEL y REUS: «Según la [antigua práctica] que se seguía generalmente, cuando se trataba del pago de cantidad líquida y determinada, al acordar el Juez el cumplimiento de la ejecutoria o al declarar consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada su sentencia, mandaba al condenado por ella que verificase el pago dentro de diez días, bajo apercibimiento de ejecución, cuyo plazo se le concedía en virtud de lo que dispone la ley 1, tit. 17, libro 11 de la Nov. Rec.,[...] transcurrido este término sin haber pagado, se despachaba la ejecución a petición del acreedor y se seguían todos los trámites del juicio ejecutivo. La nueva Ley, conservando sólo lo necesario de este procedimiento, ha eliminado aquella dilación de los diez días, y la citación y sentencia de remate y oposición en su caso al juicio ejecutivo, pues si bien estos trámites son indispensables para que se defienda el que no ha sido oído, carecen de toda justificación y conveniencia respecto del que ha sido vencido en un juicio ordinario, y sabe que no le queda mas recurso que pagar» (Manrresa y Navarro, José María; Miquel, Ignacio; Reus y García, José, Ley de Enjuiciamiento civil comentada y esplicada para mejor inteligencia y aplicación, Tomo IV, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1861, pág. 173). Transcurridos los plazos de diez o tres días que nuestro derecho histórico anterior a la codificación otorgaba para el cumplimiento voluntario, el

*iudicati*<sup>5</sup> romano. Según nuestro parecer, no existe tal redundancia. El plazo de garantía delimita una etapa procesal con las funciones ya apuntadas al servicio de la tutela efectiva de ejecutante y ejecutado; función jurisdiccional que corresponde desarrollar en el seno del proceso de ejecución. Esta función sólo comienza cuando se ha establecido una relación procesal entre las partes y el tribunal (o se ha iniciado el desarrollo de una sucesión dinámica de situaciones procesales según la perspectiva dogmática que se adopte). En cambio, el plazo de espera de 20 días señalado en el art. 548 LEC tiene una función diversa, que consiste, precisamente, en dilatar el inicio del proceso: durante su transcurso no existe todavía proceso de ejecución, ni relación procesal (o complejo de situaciones procesales) de tal modo que la entrega del inmueble por el ocupantes, en este contexto, un verdadero y auténtico cumplimiento voluntario y no el desarrollo de la función jurisdiccional de

---

tribunal al que se solicitaba ejecución podía ampliar dichos plazos por lo que nos encontraremos ante plazos ejecutivos de garantía. Según GARCÍA GOYENA (citando al CONDE DE LA CAÑADA): «“Los plazos de diez días para pagar la deuda de dineros, y los de tres días para entregar los bienes a que es condenado el reo, proceden por la regla comun de considerarse siempre necesarios para que puedan comodamente cumplir los juicios, pero no impiden al juzgador que le pueda prorrogar los enunciados términos, concediéndole los que estime suficientes consideradas todas las circunstancias de causas y personas. Porque si fuere crecida la cantidad de dineros que debe pagar el deudor, y pareciese al juez que no podrá proporcionarla en el término de los diez días sin experimentar grave daño, es justo y conveniente que le prorrogue aquel término, haciendo lo mismo cuando no tiene a mano los bienes que ha de entregar, y necesita mas tiempo que el de tres días para ejecutar la entrega al dueño de ellos: esto es lo que disponen las leyes 7, tit. 3 y 5, tit. 27, partida 3” [...] Añade en seguida el mismo autor, que, “cuando los jueces conceden mayor plazo que el señalado por la ley, deben asegurar el interés del acreedor, o del dueño de los bienes con buenos fiadores, según dispone la citada ley 5, tit 27, Part. 3; pero que a pesar de esto suelen hallar los jueces otras precauciones de igual efecto, menos gravosas a los deudores y a los que han de restituir los intereses, atendidas la calidad de las personas y la entidad de la deuda y de las cosas que deben restituirse; pues formando el juez probable dictamen de que cumplirá el reo sus obligaciones al plazo que se le concede y prorroga, ya porque tenga cuantiosos bienes y rentas, y solo halle la dificultad de habilitar dineros o entregar los bienes que manifiesta tener en distintos lugares, o ya porque subsistiendo alguna parte de ellos embargada, queda por este medio asegurado el cumplimiento del juico, no le grava entonces con la fianza” y concluye diciendo, “que para prorrogar los plazos de diez y tres días señalados en las leyes citadas, se ha de instruir el juez de las causas que se proponen, oyendo sobre ellas brevemente a los interesados, y tomando en su vista la oportuna providencia de prorrogar los plazos o declarar no haber lugar a ellos”» (García Goyena, etc, Febrero etc, 1844, segunda edición, Tomo VI, *De la ejecución de sentencias*, pág. 275).

<sup>5</sup> «Plazo de cortesía» lo denominan SENES MOTILLA, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS O MORENO CATENA (SENES MOTILLA, Carmen, *Disposiciones Generales. La ejecución forzosa*, La Ley, Madrid, 2000, pág. 94 o FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Iurgium, Madrid, 2001, pág. 235; MORENO CATENA, en AA. VV., *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo IV, La ejecución forzosa*, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 82); «plazo de espera», MONTERO AROCA, y FLORS MATÍES, quienes encuentran su razón de ser en algo más que la mera «cortesía» (Tomo I, pág. 561); el término *tempus iudicati* procede del Derecho romano en el que tenía duración de 30 días.

tutela<sup>6</sup>. Es un plazo para el cumplimiento voluntario de la sentencia, durante el cual no puede desarrollarse actividad ejecutiva, por lo que el cumplimiento que se produzca durante su transcurso se atribuirá exclusivamente al ejecutado y, no habiendo actividad de ejecución, no podrán imputársele costas procesales.

En un supuesto, se persigue cumplir funciones propias del proceso (la proporcionalidad y la eficacia); en el otro supuesto, precisamente, evitar dicho proceso. Adopta el plazo de garantía la perspectiva del proceso como método para aplicar normas por un tercero imparcial, método que requiere, en un Estado social y democrático de derecho, tener en consideración los derechos fundamentales del demandado y del demandante (a lo que sirve la etapa que delimita este plazo). El plazo de espera, adopta en cambio una perspectiva de aplicación del derecho por las propias partes y no limitada al proceso (buscando otros medios de resolución de los conflictos jurídicos) lo que también es compatible con otra faceta del Estado del que hablamos (la faceta democrática). Así como el plazo de garantía no es un plazo de gracia o humanidad, el plazo de espera no es un plazo de cortesía. También este plazo está establecido en beneficio de ambas partes e incluso del orden público en cuanto aspira a resolver el conflicto jurídico en la forma socialmente menos costosa para las partes y el propio Estado<sup>7</sup>. Por una parte, el plazo de 20 días abría la

---

<sup>6</sup> La llamada, en ocasiones, «ejecución procesal voluntaria» en la que «cabe que el propio deudor (condenado) dé cumplimiento “voluntariamente” a dicha resolución [...] Se califica de “procesal” por ser la consecuencia de un proceso o juicio: el deudor no paga ni espontáneamente ni por el solo requerimiento del acreedor de “voluntaria” porque el deudor obedece el fallo judicial, y en lugar de persistir en el incumplimiento, efectúa la prestación» (Verdera Server, Rafael, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1995, págs. 179 y 180). Según ORTELLS RAMOS «Si el cumplimiento tiene lugar antes de que transcurra el plazo citado ha de entenderse cumplimiento voluntario, porque se realiza antes de que la ley haya autorizado el comienzo de la actividad ejecutiva “cualquiera que sea la intensidad de ésta y, especialmente, de los primeros actos de ella”, y, por lo tanto, en modo alguno podría ser atribuido a la eficacia jurídica de dicha actividad» (Ortells Ramos, Mnauel, *La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, La Ley, Madrid, 2005, pág. 73).

<sup>7</sup> SANTOS MARTÍNEZ entiende que su verdadera función es «evitar que se generen más gastos —derivados de la ejecución—, dado que, en algunas ocasiones, el cumplimiento no puede hacerse automáticamente. Un ejemplo de ello, en las condenas dinerarias, es la necesidad de realizar ciertos bienes o efectuar algunas operaciones financieras para poder disponer de liquidez, o incluso en condenas no dinerarias que obliguen a un hacer, la necesidad de disponer de los medios o materiales para la realización de la obligación». No obstante, este autor se muestra contrario a dicho plazo tanto en el supuesto de ejecución dineraria (pues «nada impide que el ejecutado pueda distraer sus bienes o efectuar algún tipo de actividad fraudulenta en aras de frustrar la efectividad de la ejecución») como no dineraria (pues «la ejecución de estas condenas está sujeta —art. 699 LEC— a la concesión de un

posibilidad de resolver en el ámbito privado los conflictos jurídicos que genera la acción ejecutiva, considerándose la resolución extrajudicial de conflictos una forma socialmente más valiosa de paz social.

El plazo de espera se estableció en la redacción original de la LEC de 2000 como plazo general de espera para la ejecución de cualquier resolución judicial<sup>8</sup>. La presentación de la demanda durante el plazo de espera produce el efecto de quedar en suspenso el despacho de ejecución hasta que transcurra. El transcurso del plazo no impide considerar voluntaria la entrega de posesión siempre que sea anterior a la demanda de ejecución<sup>9</sup>. Cuestión distinta es, como hemos indicado en otro lugar, que el abandono del inmueble por el deudor deba valorarse siempre como cumplimiento: sólo será así cuando se realice en condiciones tales que supongan la posibilidad de apropiación por el ejecutante (por ejemplo, entregando las llaves en el juzgado —aun así, bajo ciertas condiciones—). Transcurrido el *tempus iudicati* nos hallaremos ante el *dies a quo* tanto para que el demandante interponga su demanda de ejecución, como para el cómputo del plazo de caducidad de 5 años para el ejercicio de la acción ejecutiva (art. 518 LEC), sin que todavía deba empezar a computarse el plazo de garantía (que delimita la fase de preparación y evitación de la diligencia de lanzamiento) cuyo *dies a quo* (en la hipótesis general, sin perjuicio de las peculiaridades del lanzamiento directo) es el siguiente a aquél en que se notifique el decreto de concreción ejecutiva que lo otorga (art. 699, 703.1 y 704.1 LEC)<sup>10</sup>.

---

plazo de cumplimiento») (Santos Martínez, Albert M., *La ejecución del desahucio de vivienda*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 326).

<sup>8</sup> FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, considera que «debe respetarse en toda resolución judicial (v. gr.: en la que cuantifica los daños y perjuicios —art. 717— también, aunque la LEC nada diga, cuando la ejecución es provisional)» (*ibidem.*, pág. 235).

<sup>9</sup> En este sentido, CANTÓ PRIMO, Yolanda, «Comentario al Capítulo X (Normas procesales) de la LAR», en AA. VV.(Ballarín, coord.), *Comentarios a la LAR*, pág. 666.

<sup>10</sup> Aunque puede ser que, por alguna razón (por determinación la condición de vivienda habitual en un momento posterior al despacho, por ejemplo), la notificación del plazo (y con él, de la fecha de lanzamiento) sea posterior. FUENTES Soriano, afirma, con razón, que «el plazo del mes comenzará a computar a partir del momento en el que el ejecutado reciba la notificación con el requerimiento del desalojo. Lo contrario supondría una merma de derechos perfectamente impugnables por parte del ejecutado» (Fuentes Soriano, Olga, «Ejecución y entrega de bienes inmuebles ocupados. Obligación de dar», *Práctica de Tribunales (La Ley)*, 2008, núm. 49, edición digital).



Finalizada la fase de preparación y evitación de la diligencia de lanzamiento se abre la fase que hemos caracterizado como fase de desarrollo de la diligencia de lanzamiento. Supone un conjunto de actividades dirigidas a lograr el desalojo del ocupante en la fecha y hora señaladas forzando su voluntad por los medios que el tribunal considere *pertinentes*, sin quedar vedada la coerción directa (aunque nada exige que ésta sea la única opción para el tribunal), y prescindiendo en la medida en que se considere necesario, de la voluntad del ocupante.

No obstante, se debe destacar que tampoco ahora los medios de los que el tribunal se debe valer aparecen especificados en la LEC: podrán emplearse métodos de coerción directa (paradigmáticamente, la privación de libertad ambulatoria: *la vis absoluta o física*), pero también medios de coerción indirecta y aun medios de subrogación (algunos también paradigmáticos: la orden que la comisión judicial dirige al ocupante antes de ordenar la intervención policial —coerción indirecta— o la intervención del cerrajero para cambiar la cerradura —actuación subrogatoria—). Debemos recordar lo que se dijo en la segunda parte de este trabajo: es la modalidad de ocupación y las circunstancias concurrentes las que determinan los medios de ejecución: la modalidad de ejercicio de la posesión determinará —desde el punto de vista del principio de eficacia— los medios de entrega forzosa. Pero, del mismo modo, las condiciones concurrentes, personales del demandado y las personas que ocupan el inmueble (la salud del ocupante, por ejemplo —si tomamos un supuesto igualmente paradigmático—, pero también la carencia de alojamiento alternativo, como hemos sostenido en otras partes de este trabajo) deben influir en la determinación de tales medios; esto se ha sostenido y justificado en la tercera parte de nuestra investigación.

Lo propio de esta segunda etapa del lanzamiento no es, por tanto, el empleo de la coerción directa (en cambio, la prohibición de su empleo si puede serlo de la fase anterior). Tampoco es característica definitoria de esta etapa que la actividad procesal se desarrolle «sin consideración de ningún género» (hacia la persona del ejecutado ocupante o personas que de él dependen), como afirmaban nuestras leyes decimonónicas, pues esta «consideración» es hoy día una exigencia en un Estado cuya Constitución positiviza los derechos humanos y que ha suscrito tratados internacionales sobre derechos humanos a los que debe respeto; para ello, debe

considerar las condiciones personales de dicho ocupante. La actividad «que proceda» (art. 703.1 LEC) para el lanzamiento, incluso en la fase de desarrollo de la diligencia, es una actividad que necesariamente debe considerar la realidad del demandado.

Lo característico de esta etapa es, a nuestro parecer, la irrelevancia de la cooperación del ejecutado ocupante, quien no puede ya condicionar con su voluntad la actividad necesaria para el desalojo. Desaparece, por consiguiente, el margen de libertad que todavía garantizaba la ley al demandado en la fase anterior. En este sentido, el ejecutado queda sometido (art. 118 CE) a la actuación de las Administraciones públicas que intervengan a instancia del tribunal, por ejemplo, atendiendo a las directrices de conducta que les dirijan.

Los condicionantes expuestos otorgarán gran relevancia a medios de ejecución atípicos, basados fundamentalmente en la intervención de las Administraciones públicas competentes para atender situaciones de necesidad (por ejemplo, sustituyendo la coerción directa a través de la policía por una coerción indirecta a través de técnicas más adecuadas a la edad o salud de los ocupantes que se desalojan: un traslado forzoso a un centro sanitario, en el caso de un enfermo). Hay que destacar que las Administraciones que intervienen por indicación del tribunal realizan una cooperación interadministrativa que les viene exigida por el deber impuesto a los poderes públicos en el art. 118 CE. Tal actuación es imputable al propio tribunal y debe ser dirigida y controlada por éste pues forma parte de la aplicación jurisdiccional del derecho. Inevitablemente, la consideración a los derechos de los ocupantes puede determinar la suspensión de la diligencia de lanzamiento si resulta imposible cohonestar su resultado con dicho respeto y consideración (suspensión de la ejecución por causas meteorológicas o por no disponer las Administraciones de medios para evitar que las personas que ocupan el inmueble queden sin hogar).

Este segundo período se articula en torno a lo que podemos denominar «diligencia de lanzamiento». Tiene su inicio, sin embargo, antes de la fecha señalada para tal diligencia: una vez terminado el plazo de garantía. El *dies a quo* de la etapa de lanzamiento sólo coincidirá con la fecha y hora señalada para la diligencia de

lanzamiento si esta fecha ha sido fijada al fijar el plazo de garantía, de modo que se suceden sin solución de continuidad. En cambio, si la fecha de lanzamiento no ha sido fijada en la propia resolución que otorgó el plazo de garantía, formará parte necesaria de esta segunda etapa del lanzamiento la propia actividad de señalamiento. También debemos incluir en esta etapa la actividad de interrupción y suspensión de la diligencia e, incluso, la actividad posterior hasta que se produzca la entrega forzosa del inmueble. pues si bien el día del señalamiento marca el *dies a quo*, no determina su *dies ad quem*, que no puede ser otro que el de satisfacción del acreedor. Las actividades posteriores a una suspensión, aun cuando recuerden a las medidas adoptadas durante la fase anterior (preparación y evitación de la diligencia) hay que considerarlas incluidas en la etapa de desarrollo de la diligencia de lanzamiento pues atienden a su mismo fin de desalojo del ocupante con el empleo de todos los medios que una aplicación ponderada del derecho permite.

No formará parte de esta fase, en cambio, la actividad que pueda ser necesaria para determinar la imposibilidad de la prestación específica (transformación en el equivalente pecuniario) y la actividad de ejecución subsiguiente (embargo y apremio sobre el patrimonio), tampoco la actividad que pueda derivarse de la diligencia de lanzamiento pero que sea ajena a la entrega posesoria, es decir, la actividad correspondiente a objetos acumulados de carácter declarativo o ejecutivo (reclamación de daños y perjuicios causados al inmueble, abono de mejoras, pago de la condena dineraria que fue causa del desahucio...).

## **2. Sistema introducido por leyes de 2003 y 2009: lanzamiento directo**

### *2.1. La dualidad de sistemas de lanzamiento: antecedentes*

A través de una evolución que se inicia con la ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, continúa con la ley Orgánica 19/2003, de 23 de noviembre, de modificación de la LOPJ, y culmina con la ley 19/2009, de 23 de diciembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios<sup>11</sup> (aun corregida, en aspectos

---

<sup>11</sup> BOE de 24 de noviembre; en vigor desde el 24 de diciembre de 2009. Esta ley tuvo una abigarrada historia legislativa y una no menos compleja tramitación legal. Tiene su antecedente en tres

menores —en lo que respecta a la ejecución—, por la ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal), se ha construido una nueva modalidad de lanzamiento —y, por consiguiente, de ejecución— en el ámbito del proceso civil. Las citadas normas han introducido en la Ley de Enjuiciamiento Civil significativas novedades tanto en el régimen del juicio declarativo de desahucio como en el proceso de ejecución de la sentencia (o resolución) de condena que en su caso pudiera dictarse con motivo del mismo (la sentencia de desahucio o resolución equivalente). El sistema de ejecución que introducen las reformas mencionadas se puede calificar como sistema de «lanzamiento directo», siguiendo la terminología empleada por la propia LEC que así la califica en el párrafo segundo del art. 447.1

---

proposiciones de ley de CiU de los años 2006 (a), 2007 (b) y 2008 (c), prácticamente idénticas, así como en un proyecto de Ley del año 2008 (d) elaborado por el gobierno socialista. La proposición de CiU del año 2008 (c) (debidamente al parlamentario Sr. MARTÍNEZ SAURI —vid. DS Congreso de 25 junio 2009, pág. 9—) inspiró el proyecto de ley socialista de 2008 (d), ambas normas terminarían fundiéndose en el texto de una nueva proposición de ley del gobierno socialista (consensuada en sesión conjunta de 17 de junio de 2009 por las ponencias encargadas de elaborar los correspondientes informes a los textos originarios del proyecto y de la proposición de 2008): el proyecto de ley de 2009 (e).

a) Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en orden a una mayor agilidad de los desahucios por falta de pago, presentada en el Congreso por el GP Catalán CiU; publicada en el BOCG de 12 de mayo de 2006 (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie B (proposiciones de ley), núm. 245-1, de 12 de mayo de 2006). Fue rechazada en el trámite de toma en consideración.

b) Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en orden a una mayor agilidad de los desahucios por falta de pago, presentada en el Senado en la VIII legislatura; con núm. de expediente en el senado 622/000048; publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, Serie III-A (proposiciones de ley del Senado), número 50 a), de 1 de febrero de 2007. Su tramitación concluyó con la legislatura.

c) Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en orden a una mayor agilidad de los desahucios por falta de pago, y de ayuda a situaciones de alta vulnerabilidad social, presentada en el Congreso el 1 de abril de 2008; núm. de expediente en el Congreso 122/000010; publicada en el BOCG de 11 de abril de 2008 (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie B (proposiciones de ley), núm. 28-1, de 11 de abril de 2008). Quedó refundida en el proyecto de 2009.

d) Proyecto de Ley de medidas de fomento del alquiler de viviendas y la eficiencia energética de los edificios, presentado por el Gobierno en la IX legislatura; tramitado con número de expediente en el Congreso 121/000016; publicado en BOCG de 19 de diciembre de 2008 (BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 16-1, de 19 de diciembre de 2008).

e) Proyecto de Ley de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios, con núm. de expediente en el Congreso 121/000031, publicado en el BOCG de 6 de julio de 2009 (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 32-1, de 6 de julio de 2009, Anexo).

Vid. Martínez Sauri, Santiago, «La reciente reforma del desahucio por falta de pago y expiración de plazo», *Diario La Ley*, núm. 7299, Sección Doctrina, 9 dic. 2009.

(introducido por la ley 19/2009). Con referencia a la misma institución, el apartado tercero del art. 549 LEC alude a la «ejecución directa». El lanzamiento que corresponde a los restantes supuestos deberá entonces ser calificado «lanzamiento ordinario» o «común».

La modalidad de lanzamiento directo consiste en el desarrollo de la diligencia de lanzamiento sin las previas fases de despacho de ejecución y de preparación/evitación y, por tanto, de modo inmediato tras la actividad declarativa, sin solución de continuidad con ésta. El nombre es acertado pues consiste en el desarrollo «directo» de la diligencia de lanzamiento sin pasar no sólo por las actividades propias de la fase común u ordinaria de lanzamiento (la etapa de preparación y evitación) sino por las propias de cualquier forma de ejecución (fase de despacho); en este último sentido es también una «ejecución directa»: en la que se desarrolla la actividad material sin actividad previa de cognición ni contradicción (siquiera potencial): es decir, una ejecución pura.

Se circunscribe esta modalidad, como decimos, al lanzamiento que sirve a la ejecución de sentencias de desahucio. Por sentencias de desahucio hay que entender las que recaen en los procesos declarativos verbales de desahucio regulados en los arts. 437 y sigs. y en las normas concordantes de la LEC. Estas sentencias resuelven sobre pretensiones de condena a la entrega de bienes inmuebles por resolución o extinción del contrato de arrendamiento que amparaba su ocupación: resolución debida a la falta de pago de la renta (o de las cantidades a ella asimiladas) y extinción debida a la expiración de su plazo (legal o contractual) de duración. Quedan, pues, fuera del ámbito de la reforma y se continuarán rigiendo por las normas del lanzamiento ordinario o común (el originalmente regulado en la LEC y que las leyes de reforma mencionadas no modifican) los procesos de ejecución de cualesquiera otros títulos ejecutivos cuya ejecución requiera la entrega de la posesión inmediata de un bien inmueble, incluso si el título declarara la obligación de entrega con fundamento en la resolución o extinción de los contratos de arrendamiento siempre que dicha resolución o extinción provenga de causas distintas de las mencionadas (falta de pago, expiración de plazo), es decir, de procesos arrendaticios ordinarios, por ejemplo.

Sólo durante una breve etapa (entre el 8 de enero de 2001, fecha de entrada en vigor de la LEC, y el 24 diciembre de 2009, fecha de entrada en vigor de la última de las reformas mencionadas) el régimen del lanzamiento, a diferencia del juicio —declarativo— de desahucio (que ya en la versión inicial de la LEC contenía especialidades propias dentro del marco del —ordinario— juicio verbal) tuvo una regulación homogénea para toda aquella ejecución orientada a la entrega de posesión inmediata de un bien inmueble, cualquiera que fuese la causa de dicha entrega o el título ejecutivo que la hiciese constar. Las reformas de 2003 (ley 23/2003 y LO 19/2003) además de introducir nuevas especialidades en los juicios (declarativos) de desahucio, reformaron por primera vez el régimen de ejecución forzosa de las sentencias de desahucio, apartándolo del régimen común (señalamiento anticipado de la fecha de lanzamiento). Con la reforma efectuada por la ley 19/2009, las especialidades procesales para el juicio de desahucio no sólo se incrementaron sino que se proyectaron sobre un mayor número de supuestos para comprender también como desahucio la resolución contractual por expiración del plazo de duración del arriendo, a la vez que para incluir expresamente los desahucios de fincas rústicas (por falta de pago o expiración de plazo). Esta ley de 2009 también introdujo en los juicios de desahucio una forma especial de transacción judicial, instrumentalizando la demanda de desahucio para permitir al demandante a hacer al demandado una oferta de condonación de rentas a cambio del desalojo en un plazo determinado, de modo que la aceptación de dicha oferta supusiera una sentencia de condena por allanamiento ejecutable, en caso de incumplimiento, mediante lanzamiento directo. Esta ley de 2009 consolidó el lanzamiento especial de sentencias de desahucio, modificando un conjunto de normas que antes habían limitado las consecuencias que las reformas de 2003 quisieron alcanzar (supresión del plazo de espera, acumulación de la pretensión ejecutiva a la demanda) y algunas otras que lo transformaron en el actual lanzamiento directo (supresión de trámites y notificaciones entre la sentencia de desahucio y la diligencia de lanzamiento). La reforma debida a la ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, ha insertado en el juicio de desahucio por falta de pago un trámite de naturaleza monitoria según el cual, el tribunal, al tiempo que realiza las notificaciones y advertencias que acompañan en los juicios de desahucio a la notificación de admisión de la demanda (señalamiento de juicio oral, condena por

incomparecencia, señalamiento de fecha de lanzamiento, posibilidad de enervación, oferta de transacción, deber de notificar la solicitud de asistencia jurídica gratuita) dirige al demandado un requerimiento de desalojo (y, en su caso, de pago) con la admonición de que no atendido dicho requerimiento o planteada oposición en el plazo de diez días, el secretario judicial pondrá fin al juicio de desahucio mediante un decreto con valor de título ejecutivo (abriendo la posibilidad de ejecución forzosa).

Por lo que se refiere a la ejecución, el denominador común del conjunto de adiciones reseñadas es la simplificación del lanzamiento, de modo que no sólo desaparece o se minimiza (a causa, como veremos, del señalamiento anticipado y su proximidad temporal respecto de la finalización del juicio oral) la que hemos denominado fase de preparación y evitación de la diligencia de lanzamiento —la fase que transcurre durante el plazo de garantía—, sino que también desaparece la fase inicial o de despacho (al suprimirse todos los trámites y notificaciones tras la sentencia de condena). Con ello se consagra una dualidad de modelos de ejecución para la entrega de la posesión inmediata de bienes inmuebles: la que rige para ejecución de sentencias de desahucio (lanzamiento directo) y la que rige en todos los demás supuestos (lanzamiento ordinario).

La posibilidad de adelantar el señalamiento de la fecha del lanzamiento, como acto propio de la ejecución forzosa, al juicio declarativo que la precede, no cuenta con antecedentes inmediatos en nuestra legislación, aunque sí se habían presentado enmiendas en sentido parecido durante la tramitación parlamentaria tanto de la LAU de 1994 como de la LEC de 2000. Durante la tramitación de la LAU de 1994<sup>12</sup> diversas enmiendas<sup>13</sup> propugnaron la inclusión en la propia sentencia de desahucio no sólo de la condena propiamente dicha y del apercibimiento de lanzamiento (indicando con éste los plazos de lanzamiento a

---

<sup>12</sup> Vigente Ley de arrendamientos urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre; BOE n.º 282, de 25 de noviembre de 1994).

<sup>13</sup> Enmiendas de los grupos parlamentarios Vasco (enmienda n.º 31 del Congreso), Catalán (enmienda n.º 190 en el Senado) y Popular (enmiendas n.º 230 en el congreso y 363 en el Senado) (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso, V Legislatura, Serie II: Proyectos de Ley, n.º 54-11 y BOCG. Senado. V Legislatura. Serie II: Proyectos de Ley, n.º 44 (e) de 23 de septiembre de 1994).

señalar por el juez ejecutor una vez instada la ejecución por el demandante), sino también del señalamiento mismo de la fecha de lanzamiento<sup>14</sup>. Tales enmiendas fueron rechazadas en su momento. Durante el trámite legislativo de la LEC/2000 se propuso en diferentes enmiendas un sistema muy similar al que finalmente introdujo la Ley 23/2003, de 10 de julio, pero fueron igualmente rechazadas en el trámite parlamentario<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> La enmienda del GP Vasco proponía un incorporar al proyecto un art. 36 bis para modificar el juicio de desahucio por falta de pago de la renta y por expiración del plazo contractual, convirtiéndolo en un juicio verbal con modificaciones, siendo una de ellas que «En el caso de estimarse el desahucio y en la misma sentencia, el juez señalará día y hora de lanzamiento dentro de un plazo no inferior a diez días ni superior a veinte y se notificará a las partes.// Cuando el demandado citado en forma no compareciere al juicio verbal de desahucio, las resoluciones dictadas en el trámite de ejecución de sentencia se notificarán en estrados» se justificaba esta enmienda para evitar demoras en los procedimientos de desahucio, garantizando la defensa del arrendador y del arrendatario.

La enmienda núm. 230 del GPPopular (Congreso) proponía un nuevo art. 37 bis) con el siguiente contenido: «En la sentencias que estimen la demanda interpuesta pretendiendo el desahucio del demandado por falta de pago de la renta y demás cantidades a cuyo pago venga obligado en virtud de contrato, al mismo tiempo que se notifique la sentencia condenatoria se apercibirá al demandado de desalojo en los plazos previstos en el art. 1596 de la LEC y se señalará además día y hora para el lanzamiento judicial, si la sentencia no fuera recurrida». Cuya justificación era «agilizar los trámites en los juzgados, acumulando en una sola vez tres actos procesales de ejecución, perfectamente integrable en el mismo momento procesal, evitando cada una de estas actuaciones de lugar a diferentes notificaciones, dilatando no poco el lanzamiento efectivo»

La enmienda núm. 190 del GP Catalán en el Senado proponía añadir una DA 5.<sup>a</sup> a la LAU para modificar con ella el art. 1581 de la LEC dándole la siguiente redacción (citada en parte bastante) «En la sentencia dictada al amparo de este artículo y del artículo 1578 que dé lugar al desahucio, el Juez apercibirá de lanzamiento para el supuesto de no desalojarse la finca dentro de los plazos establecidos en el artículo 1596 y señalará día y hora para llevarse a efecto, que no será superior a los 15 días siguientes. [...]» y se justificaba para abreviar los trámites procesales.

El representante del GP Socialista (Sr. Valle Garmendia) en el debate que tuvo lugar en Comisión de Obras Públicas y Medio Ambiente del Senado, rechazó las enmiendas argumentado «porque recoge la fase de ejecución de sentencia, que es un momento procesal que no debe confundirse con la fase declarativa que se decide en el fallo. Hay que tener en cuenta que la fase ejecutiva puede no tener lugar en el caso de que el demandado cumpla la condena de la resolución y desaloje la vivienda. de admitirse su propuesta, parecería predeterminar que el demandado va a incumplir en todo caso la sentencia, haciéndose así necesario el apercibimiento y ulterior lanzamiento de la vivienda, tramites que deben tener lugar en la fase de ejecución que, insistimos, puede no existir en el proceso. En segundo lugar, el texto que proponen nos parece incongruente, dado que supedita el apercibimiento y el señalamiento de día y hora para el lanzamiento a que la resolución no sea recurrida. Evidentemente, el cumplimiento del precepto en sus propios términos es absolutamente imposible, toda vez que el Juez en el momento de dictar sentencia, ignora si ésta va a ser recurrida o si, por el contrario, va a adquirir firmeza, caso en el que únicamente sería posible que figurasen los extremos que se proponen ustedes en la enmienda» (Diario de Sesiones del Senado, V Legislatura, Comisiones, núm. 51 de 19 de octubre de 1994, págs. 2622 y 2623).

<sup>15</sup> Enmiendas núms. 1245 y 1246 del Grupo Parlamentario Catalán (CiU) en el Congreso (BOCG, Serie A, número 147-9, de 26 de marzo de 1999). La enmienda núm. 1245 pretendía



El señalamiento anticipado del lanzamiento (señalamiento durante el juicio de desahucio)<sup>16</sup> se introdujo finalmente en el art. 440.3 LEC por la Ley 23/2003, de 10 de julio (DF tercera, 7.<sup>a</sup>). Tal reforma fue el resultado de las enmiendas presentadas al proyecto de ley (por el propio grupo proponente) durante la tramitación parlamentaria en el Senado<sup>17</sup>; posteriormente, la ley orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, introduciendo en la LEC una nueva Disposición Adicional Quinta<sup>18</sup> (a consecuencia de enmiendas aprobadas igualmente en el Senado)<sup>19</sup>, encomendó dicho señalamiento a las Oficinas de Señalamiento Inmediato (allí donde se creasen), desplazando en estos casos la regla general del art. 440.3 LEC. Últimamente, mediante Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal<sup>20</sup>, el régimen de señalamiento anticipado del apartado tercero del art. 440 se traslada al apartado cuarto, reservando el tercero para las múltiples peculiaridades procedimentales que tienen lugar junto a la admisión de la demanda de juicio de desahucio por falta de pago (la notificación de la posibilidad de enervación según

---

introducir el señalamiento del día y hora del lanzamiento en el auto de admisión y citación a juicio de desahucio por falta de pago, requiriendo un plazo mínimo previo al lanzamiento (aunque sin especificar el *dies a quo* para el cómputo de dicho plazo) al afirmar que dicho auto: «señalará con carácter provisional día y hora de lanzamiento dentro de un plazo no inferior a veinticinco días ni inferior [sic. entendemos que quiso decir superior] a cuarenta para el supuesto de dictarse sentencia condenatoria» (BOCG, Serie A, número 147-9, de 26 de marzo de 1999).

<sup>16</sup> «Fijación avanzada del momento del lanzamiento», lo denomina MARTÍNEZ SAURI («Las modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación a los desahucios por falta de pago», *Revista Jurídica La ley*, núm. 5847 (año XXIV), 11 de septiembre de 2003).

<sup>17</sup> Enmienda núm. 38 (BOCG, Senado, núm. II-128-c de 11 de junio de 2003) e incorporada al informe de la ponencia nombrada en el propio Senado (BOCG, Senado, VII Legislatura, Serie II: Proyectos de ley, núm. II-128-d de 12 de junio de 2003). Vid. *supra*, cap. 1, § 2.2, nota 14.

<sup>18</sup> Con ella se implantaban los denominados «juicios rápidos civiles» basados en dichas Oficinas de Señalamiento Inmediato —OSI—, que, además del desahucio que mencionamos, tenían funciones relativas a reclamaciones de cantidad referidas en el ap. 2 del art. 250 LEC, reclamaciones de rentas acumuladas a la acción de desahucio; medidas cautelares previas o simultáneas a la demanda, a las que se refiere la regla 6.<sup>a</sup> del art. 770; medidas provisionales de nulidad, separación o divorcio previstas en los arts. 771 y 773.1; y demandas de nulidad, separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo, o por uno de los cónyuges con consentimiento del otro.

<sup>19</sup> Enmienda núm. 756 (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, VII Legislatura, Serie II: Proyectos de Ley, núm. II-146-d, de 14 de octubre de 2003). Vid. *supra*, cap. 1, § 2.2, nota 13

<sup>20</sup> BOE núm. 245 de oct. de 2011. Esta norma es resultado del proyecto de ley del Gobierno. La redacción del art. 440.3 y 4 proviene del propio proyecto (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, de 18 de marzo de 2011).

el art. 22.4 LEC —institución que se modifica, una vez más, con la «ley de agilización» de 2011—; la notificación de la oferta de transacción eventualmente ofrecida por el demandante conforme al apartado 3 del art. 437 LEC —redacción derivada de la reforma de 2009—; los señalamientos de fechas para la vista del juicio de desahucio y para el eventual lanzamiento —procedente de la reforma de 2003, salvo en el caso de que ya lo hubieran señalado las Oficinas de Señalamiento Inmediato— y el requerimiento de desalojo del inmueble con la advertencia o intimación típica del juicio monitorio: amenaza de ejecución en caso de falta de oposición durante el plazo de diez días —principal novedad de la reforma de 2011—).

La supresión del *tempus iudicati* retorna al sistema previo a la LEC 1881 donde no existía plazo de espera. La posibilidad de acumulación de la pretensión ejecutiva a la demanda de desahucio así como supresión de las fases de despacho y la de preparación y evitación del lanzamiento (dicho de otro modo: el plazo de garantía —gracia o humanidad—) que acaban de dar forma al lanzamiento directo son, aparentemente, una novedad de la reforma de 2009.

## 2.2. Características del lanzamiento directo (ejecución de sentencias de desahucio)

La finalidad última de las reformas mencionadas ha sido acelerar en la mayor medida posible la actividad procesal de ejecución, de tal forma que disminuyendo el tiempo empleado en la recuperación de los inmuebles arrendados tras un arrendamiento fallido o no rentable, el arrendador decida (considerando la facilidad y economía con la que habrá conseguido su recuperación) ponerlos nuevamente en alquiler y, además, pueda hacerlo cuanto antes, agilizándose (e, incluso, abaratándose) de este modo el mercado de alquileres (finalidad expresa en la Exposición de motivos de las últimas reformas de la LEC en materia de desahucio)<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Según la EM de la ley 19/2009, de 23 de noviembre «siguen siendo necesarias medidas de estímulo, [...] orientadas a fortalecer la seguridad jurídica de las partes y a fomentar el incremento de la oferta en el mercado del alquiler», razón por la cual la ley «modifica diversos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil con el propósito de mejorar y agilizar los procesos de desahucio, salvaguardando en todo caso los derechos y garantías que protegen al inquilino de buena fe».

La aceleración pivota en torno a una norma esencial en las reformas, verdadero elemento articulador de la misma: la fijación de la fecha de realización de la diligencia de lanzamiento (la fecha de lanzamiento) en el juicio declarativo y dentro de un marco temporal muy estricto. Dicho marco temporal varía según la naturaleza de la sentencia o resolución que se debe ejecutar: cuando se trata de la sentencia de desahucio dictada tras la vista del juicio correspondiente (fuera esta vista la celebrada con comparecencia del demandado o la terminada anticipadamente por razón de su incomparecencia) así como en el caso de que se ejecute el decreto teniendo por terminado el juicio de desahucio por falta de oposición al requerimiento monitorio, el marco temporal dentro del cual debe fijarse la fecha de la diligencia es de un mes, siendo *dies a quo* para su cómputo el de celebración de la vista del juicio verbal de desahucio (art. 440.3.II y DA 5.<sup>a</sup>, 3, cuarta d) LEC)<sup>22</sup>; este señalamiento corresponde al secretario judicial en trámite de admisión de demanda o a las Oficinas de Señalamiento en trámite de reparto; en cambio, cuando la sentencia de desahucio se dicte por allanamiento ex art. 447.1. II LEC (por aceptación de la transacción ofrecida en la demanda, a que se refieren los arts. 437.3. y 440.3. II LEC), siempre que la sentencia sea posterior a la fecha señalada por la Oficina de Señalamiento o por el secretario judicial al admitir la demanda (art. 21.3 LEC), el plazo máximo para la realización de la diligencia se fija en 15 días (párrafo segundo del art. 447.1 LEC), siendo *dies a quo* para su cómputo el de finalización del periodo voluntario de cumplimiento de la oferta de transacción (señalado libremente por el demandante en su escrito de demanda de juicio verbal, aunque no podrá ser inferior a 15 días contados desde la notificación de la demanda: art. 437.3 LEC); este señalamiento corresponde al juez al dictar la sentencia por allanamiento.

Para lograr el objetivo de desalojo en el tiempo indicado se acude a tres mecanismos

---

<sup>22</sup> En la primera versión de esta norma, introducida en el art. 440.3 LEC por ley 23/2003, se establecía el señalamiento dentro del mencionado plazo de un mes como una mera facultad del tribunal que efectúa el señalamiento. La Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, mediante la nueva DA. 5.<sup>a</sup> LEC, imponía este plazo de forma imperativa, aunque circunscrito al caso del señalamiento efectuado por las oficinas de señalamiento inmediato (juicios rápidos civiles) que regulaba dicha DA. Posteriormente, con la nueva redacción que la ley 29/2009 da al art. 440.3 LEC, el plazo de un mes entre la finalización de la vista del juicio de desahucio y la fecha de lanzamiento se establece expresamente como exigencia de carácter imperativo.

fundamentales: (a) el adelantamiento de ciertos actos procesales de ejecución acumulándolos a otros actos del juicio precedente: el juicio (declarativo) de desahucio; (b) la supresión de los plazos de espera (*tempus iudicati*) que dilatan el comienzo de la ejecución (y, por consiguiente, de la diligencia de lanzamiento) y (c) la supresión de las fases de despacho y de preparación/evitación del lanzamiento. Nos ocuparemos de las normas que reflejan cada una de estos mecanismos.

#### a. Adelantamiento y acumulación de trámites

a.1.º Señalamiento de la fecha de lanzamiento en el proceso declarativo de desahucio: junto al acto de reparto de la demanda por las Oficinas de Señalamiento Inmediato, el acto de admisión de la demanda por el secretario judicial o la sentencia declarativa de condena (arts. 21.3, 440.3 y 4, 447.1. II. y DA 5.<sup>a</sup>,3, cuarta d) LEC).

En el régimen ordinario del lanzamiento, el señalamiento de la fecha en que ha de tener lugar la diligencia de lanzamiento se realiza en el curso del propio proceso de ejecución: bien al tiempo de otorgarse el plazo de garantía para el desalojo de una vivienda habitual, bien al tiempo de otorgarse su prórroga una vez terminado dicho plazo (art. 704.1 II LEC); en cambio, en los supuestos de ejecución directa, el señalamiento de la fecha de lanzamiento (*dies a quo* para la realización de dicha diligencia de lanzamiento) se adelanta a los trámites del juicio declarativo de desahucio.

Como hemos apuntado, existen diversos sistemas de señalamiento anticipado de la fecha de lanzamiento. Cuando el reparto de la demanda de desahucio corresponde a las Oficinas de Señalamiento Inmediato (creadas por la Ley Orgánica 19/2003) el señalamiento lo hacen esas mismas oficinas: a la par que el trámite de reparto que les corresponde, realizan el señalamiento de la vista del juicio verbal de desahucio así como el señalamiento del día y hora para la diligencia de lanzamiento (DA 5.<sup>a</sup> LEC)<sup>23</sup>. En cambio, si no existen en el partido judicial donde está ubicado el

---

<sup>23</sup> Esta disposición adicional, que lleva como rótulo «Medidas de agilización de determinados procesos civiles», fue creada *ex novo* por la Disposición Adicional Duodécima (con el rótulo,

inmueble tales oficinas de señalamiento inmediato, el reparto de la demanda de desahucio se hará por la unidad procesal que corresponda y el señalamiento de la fecha de lanzamiento corresponderá realizarlo, junto con la admisión de la demanda, al secretario judicial del tribunal al que haya correspondido la demanda por reparto (art. 440.3 III y 4 LEC)<sup>24</sup>. Una tercera solución para el señalamiento de

---

«Modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil») de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre (B.O.E. núm. 309, de 26 de diciembre de 2003), de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Esta reforma de la LEC fue el resultado de una enmienda (núm. 756) presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado (entonces grupo parlamentario del partido en el Gobierno) durante la tramitación parlamentaria de la ley de reforma. Como justificación a la enmienda afirmaba: «La buena aplicación que, en el marco de los procesos penales, han tenido el nuevo procedimiento de enjuiciamiento rápido de determinados delitos y los juicios inmediatos de faltas aconseja introducir mecanismos procesales similares en el ámbito de la jurisdicción civil, singularmente en aquellas materias en que la tramitación procesal está ordinariamente exenta de complicación.//En este sentido, resulta evidente que la formulación normativa de nuevos mecanismos que agilicen la tramitación de los procedimientos civiles requiere no tanto de un acortamiento más o menos generalizado de los plazos procesales, como de instrumentos que doten de efectividad a los actualmente previstos. Con esta finalidad, se propone la articulación de un nuevo servicio procesal común, desarrollado por Oficinas de Señalamiento Inmediato cuya principal función radica en *anticipar trámites de mera ordenación del proceso y fijar un calendario de actuaciones vinculante para los órganos judiciales de la jurisdicción civil*, que prestarán un turno de asistencia continuada para la exclusiva celebración de vistas y comparecencias de tramitación rápida. Para el correcto funcionamiento del sistema se establece un sistema de coordinación (denominado “sistema programado de señalamientos”) entre las Oficinas de Señalamiento Inmediato y los Juzgados.//Resulta, por último, oportuno flexibilizar el régimen de los actos de comunicación, atribuyendo en estos procedimientos a los procuradores la posibilidad de que practiquen notificaciones, citaciones y requerimientos por cualquiera de los medios admitidos con carácter general, siempre que quede constancia suficiente de que estos actos de comunicación se han practicado efectivamente en la persona o en el domicilio del destinatario» (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, VII Legislatura, Serie II: Proyectos de Ley, 14 de octubre de 2003, núm. 146-d).

<sup>24</sup> Redacción según la DF 3.<sup>a</sup> de la Ley 23/2003, de garantía en la venta de bienes de consumo (BOE núm. 165, de 11 de julio de 2003). Esta DF 3.<sup>a</sup> modificó algunas normas e incorporó otras nuevas en el régimen de los juicios de desahucio de la LEC. El objetivo de reformar la LEC aprovechando otra Ley con objeto completamente distinto (la garantía en la venta de bienes de consumo) no figuraba en el texto del proyecto de ley (BOCG. Congreso de los Diputados núm. A-117-1 de 31/10/2002), ni tampoco en las enmiendas presentadas (BOCG. Congreso de los Diputados núm. A-117-12 de 25/02/2003). Fue introducida en la ponencia nombrada en el Congreso, por iniciativa del Grupo Parlamentario Popular entonces en el Gobierno (BOCG, Congreso de los Diputados núm. A-117-14 de 12/05/2003). Aun así, la versión inicial introducida en la ponencia todavía no afectaba al señalamiento del juicio de desahucio. Será la enmienda núm. 38 introducida por el Grupo Parlamentario Catalán en el Senado (BOCG, Senado, núm. II-128-c de 11 de junio de 2003) e incorporada al informe de la ponencia nombrada en el propio Senado (BOCG, Senado núm. II-128-d de 12 de junio de 2003) la que incluyó finalmente el nuevo régimen de señalamiento anticipado de lanzamiento que justificaba afirmando que «con la previsión anticipada de la fecha del lanzamiento en el auto de admisión se reduce la actividad judicial necesaria para obtener el desalojo, lo que evita dilatar la efectividad de la sentencia una vez solicitada la ejecución por el arrendador, ya que no es necesario fijar una fecha desde que el demandante pide la ejecución.//La demora de un mes para fijar la fecha de lanzamiento tiene por finalidad favorecer al arrendatario las operaciones necesarias para el desalojo».

la fecha de lanzamiento es la que se sigue cuando el demandante de desahucio hubiera anunciado en su demanda un compromiso de condonación de rentas a cambio del desalojo voluntario del inmueble en un plazo determinado (cuya duración precisará el demandante en la propia demanda, pero que no puede ser inferior a 15 días desde que se notifica la demanda: art. 437.3 LEC). El efecto de la aceptación de la oferta por el demandado es doble: por una parte, en cuanto tal allanamiento, conlleva la condena al desalojo (sentencia de condena por allanamiento: art. 21.1 LEC); por otra parte, en cuanto aceptación del compromiso asumido por el demandante (la oferta de transacción), consume una transacción que, homologada por el tribunal (resolución de homologación de la que habla el art. 21.3 LEC), deja en suspenso la ejecución de la sentencia recién dictada en tanto transcurre el plazo otorgado en la demanda para el desalojo voluntario<sup>25</sup>. El incumplimiento de la transacción por el demandado permite la ejecución de la sentencia que estaba en suspenso. Esta ejecución configura un supuesto peculiar de lanzamiento directo (configurado por los arts. 21.3 y 447.1 II LEC) pues es la misma resolución (sentencia) que condena al desahucio por allanamiento y homologa la transacción, la que establece el día y hora para la diligencia de lanzamiento. Existen dos modalidades de este señalamiento; la primera consiste en remitirse a la fecha que ya hubiera sido señalada bien por las Oficinas de Señalamiento Inmediato en el trámite de reparto, bien por el secretario judicial del órgano competente en el trámite de admisión; la segunda posibilidad consiste en que la sentencia señale *ex novo* el día y hora para el lanzamiento dentro de los quince días siguientes al de finalización del plazo otorgado por el demandante para cumplir el compromiso ofrecido en la demanda. La primera posibilidad solo será factible si los plazos que ofreció el demandante para el abandono voluntario del inmueble (ex art. 437.3 LEC) se hubieran agotado antes de alcanzarse la fecha señalada para el lanzamiento por las Oficinas de Señalamiento o el secretario judicial (art. 21.3 LEC); en caso contrario entraría en juego el segundo mecanismos.

---

<sup>25</sup> En la redacción del art. 440.3 LEC por la ley 23/2003, se otorgaba al arrendatario un plazo de 5 días para aceptar el compromiso de condonación (oferta de transacción). La nueva redacción que la ley 19/2011 da a este artículo olvida este plazo. Puesto que para responder al requerimiento monitorio de pago y abandono del inmueble se otorgan diez días, parece plausible que en este mismo plazo el deudor deba pronunciarse sobre dicha oferta.

Sea cual fuere la forma de señalamiento anticipado, diversas circunstancias pueden anular su eficacia. Algunas de tales circunstancias dependen de la voluntad del demandado, como la interposición de un recurso contra la sentencia de desahucio, habida cuenta que la ejecución directa sólo procede respecto de la sentencia firme (art. 440.4 LEC); también la interposición tardía de la demanda ejecutiva (cuando no se hubiera interpuesto la pretensión ejecutiva junto a la demanda de desahucio) puede hacer inviable cumplir con el señalamiento anticipado. Otras circunstancias son más o menos impredecibles y no dependen tanto de la voluntad de las partes, como la excesiva duración del juicio de desahucio si debido a ella se sobrepasa la fecha señalada antes del mismo para el lanzamiento (por las Oficinas de Señalamiento Inmediato al efectuar el reparto o por el secretario judicial al realizar la admisión de la demanda). Cuando la imposibilidad de cumplir la fecha original de lanzamiento se pudiera apreciar al momento de dictarse sentencia de desahucio la propia sentencia podría fijar la fecha de lanzamiento aplicando la norma que contiene el art. 549.3 LEC que, referida en principio al lanzamiento derivado de la sentencia por allanamiento derivada de la transacción judicial ofrecida por el demandante (art. 21.3, 437.3, 440.3.II y 447.1.II LEC), puede aplicarse analógicamente al resto de supuestos cuando la fecha señalada originariamente haya sido sobrepasada<sup>26</sup>.

2.º Pretensión de ejecución de la sentencia de desahucio junto a la pretensión declarativa de desahucio (arts. 549.3 y 437.3 LEC).

La reforma de la LEC por medio de la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios, introdujo en el art. 549 LEC un nuevo apartado 3 según el cual «En la sentencia condenatoria de desahucio por falta de pago de rentas o cantidades

---

<sup>26</sup> Aun en este caso, de haberse solicitado en la demanda de desahucio la ejecución de la sentencia, procederá el lanzamiento directo (sin demanda, despacho u oposición): el demandado sabe por la citación a juicio que la sentencia podrá recogerla en el juzgado el sexto día tras la vista del juicio de desahucio y en ella podrá conocer la nueva fecha de lanzamiento. Vid. CONTIJOCH PRATDESABA, Ramón, «La reforma procesal de los juicios arrendaticios (Ley 19/2009, de 23 de noviembre)», Revista jurídica de Catalunya, 2010, núm. 2, pág. 515).

debidas, o por expiración legal o contractual del plazo, la solicitud de su ejecución en la demanda de desahucio será suficiente para la *ejecución directa* de la sentencia *sin necesidad de ningún otro trámite* para proceder al lanzamiento en el día y la hora señalados en la propia sentencia o en la fecha que se hubiera fijado al ordenar la citación al demandado». Esta posibilidad se reitera en el art. 437.3 (i.f.) LEC permitiendo acumular a la demanda de desahucio en que se ofreciera una oferta de transacción (compromiso de condonación de rentas y costas) la solicitud de ejecución de la sentencia de desahucio por allanamiento en caso de haberse aceptado —y luego incumplido— la transacción ofrecida: «podrá interesarse en la demanda que se tenga por solicitada la ejecución del lanzamiento en la fecha y hora que se fije por el Juzgado a los efectos señalados en el apartado 3 del artículo 549»

Aunque el art. 549.3 LEC<sup>27</sup> parece considerar la pretensión de ejecución formulada en la demanda de desahucio como condición para el lanzamiento directo (el lanzamiento «sin necesidad de ningún otro trámite») cabe la duda de si la falta de formulación de demanda de ejecución anticipada impedirá por si sola el lanzamiento directo. Dicho de otra forma: si la demanda ordinaria de ejecución (tras la sentencia de desahucio) obliga al tribunal a despachar ejecución, notificarla al demandado y otorgar al demandado la posibilidad de oponerse a la ejecución, lo que podría suponer que la fecha señalada para el lanzamiento durante el juicio declarativo se supere con ocasión de la realización de los mencionados trámites. Aumenta las dudas el art. 440.4 LEC<sup>28</sup> al aludir (*in fine*) al lanzamiento directo (como lanzamiento «sin necesidad de notificación posterior») sin vincularlo expresamente con el momento o forma de la demanda de ejecución, como si el mero hecho del

---

<sup>27</sup> «En la sentencia condenatoria de desahucio por falta de pago de rentas o cantidades debidas, o por expiración legal o contractual del plazo, la solicitud de su ejecución en la demanda de desahucio será suficiente para la ejecución directa de la sentencia sin necesidad de ningún otro trámite para proceder al lanzamiento en el día y hora señalados en la propia sentencia o en la fecha que se hubiera fijado al ordenar la citación al demandado»

<sup>28</sup> «En todos los casos de desahucio, también se apercibirá al demandado en el requerimiento que se le realice que, de no comparecer a la vista, se declarará el desahucio sin más trámites y que queda citado para recibir la notificación de la sentencia que se dicte el sexto día siguiente al señalado para la vista. Igualmente, en la resolución de admisión se fijará día y hora para que tenga lugar, en su caso, el lanzamiento, que deberá verificarse antes de un mes desde la fecha señalada para la vista, advirtiéndolo al demandado que, si la sentencia fuese condenatoria y no se recurriera, se procederá al lanzamiento en la fecha fijada, sin necesidad de notificación posterior».



señalamiento de la fecha (y hora) de lanzamiento durante el juicio de desahucio y la firmeza de la sentencia recaída (no recurrida) condujeran por sí solos a la forma acelerada de lanzamiento<sup>29</sup>. Sin embargo, hay que constatar que la pretensión ejecutiva no ha sido suprimida: o se acumula en la demanda de desahucio a la pretensión declarativa (ex art. 549.3 LEC) o se formula de forma ordinaria una vez dictada la sentencia. En este segundo caso, se requiere el despacho de ejecución que debe ser notificado y es susceptible de oposición. De otro modo el demandado, que sabe que la demanda no contenía petición de ejecución, quedaría en la incertidumbre respecto a la fecha de su desalojo pues quedaría bajo la potestad del demandante que el lanzamiento se realice el día señalado anticipadamente o que se realice con posterioridad (al interponer la demanda antes o después de tal fecha).

Sólo en el supuesto en que la ejecución proceda por la falta de oposición del demandado al requerimiento de desalojo de naturaleza monitoria procederá la ejecución directa pese a no haberse solicitado ejecución en la demanda de desahucio: el párrafo cuarto del art. 440.3 LEC contempla el «inmediato lanzamiento, sin necesidad de notificación posterior» (lanzamiento directo) mientras que el párrafo quinto del mismo apartado prevé «traslado al demandante para que inste el despacho de ejecución, bastando para ello con la mera solicitud»; lo corrobora el art. 549.3, *a contrario*, pues exige una pretensión anticipada de ejecución para las sentencias pero no para el decreto del secretario dictado tras la falta de oposición del demandado (título que se ejecuta en este supuesto).

Que el derecho de acción ejecutiva que el demandante afirma en su demanda como fundamento de la pretensión ejecutiva aun no haya surgido o no sea eficaz (al no haberse dictado sentencia) no impide considerar la pretensión ejecutiva como una verdadera pretensión, aunque sometida a la condición suspensiva que supedita su eficacia a que se dicte en su día sentencia favorable a las pretensiones declarativas y a que dicha sentencia quede firme. No puede afirmarse, como, hace algún autor,

---

<sup>29</sup> Vid. supra, segunda parte, capítulo 1. Más claro resultaba el texto propuesto para el art. 440.3 (in fine) LEC por las proposiciones de Ley de reforma de los desahucios formuladas por CiU en los años 2006, 2007 y 2008 (vid. supra, nota 10): «[...] se procederá al lanzamiento en la fecha fijada si lo hubiese solicitado el demandante al formular la demanda *o con posterioridad a la sentencia*, sin necesidad de notificación posterior».

que con la pretensión anticipada de ejecución se origine una «ejecución sin título», pues si bien la pretensión de ejecución es un acto válido, no es todavía un acto efectivo (es decir, no origina, por sí misma, la ejecución).

b. Supresión de plazos.

1.º Supresión del plazo de espera entre la sentencia y la ejecución forzosa (art. 447.4 LEC).

El sistema general regulado en el art. 549.1 LEC establece una cesura o distancia temporal (de, al menos, 20 días) entre el proceso de declaración y el proceso de ejecución exigiendo, además, que entre ambos procesos medie una nueva manifestación de voluntad del acreedor. La norma que introdujo la ley 23/2009 en el apartado 4 del art. 549 hizo desaparecer cualquier tiempo entre la sentencia y la actividad material de ejecución, evitando de este modo una espera considerada innecesaria y dilatoria. La búsqueda de la celeridad en la ejecución de las sentencias de desahucio rompe la estructura del sistema de ejecución forzosa diseñado con carácter general en la LEC y se descartan las funciones expuestas que esta regulación perseguía (y todavía persigue en el caso general): cumplimiento voluntario y resolución extrajudicial de conflictos jurídicos.

2.º Supresión tácita del plazo de garantía —gracia o humanidad— de otorgamiento objetivo ex art. 704.1 LEC<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Para OCHOA MONZO «[...] parece lógico que en estos casos teniendo una nueva normativa el plazo aplicable haya de ser el del art. 440.3 [tras la reforma de 2001, también el del 440.4] LEC cuando se trata de desahucios basados en pretensiones por impago de rentas u otras cantidades debidas y no el que establece el art. 704.1 LEC» (Ochoa Monzo, Virtudes, «El juicio de desahucio por falta de pago a la luz de las nuevas reformas de la LEC», *Práctica de Tribunales*, n.º 2 (2004), pág. 31); ESCALER BASCOMPTE, sostiene que «esta previsión última [otorgamiento del plazo de un mes para el desalojo por los ocupantes de vivienda habitual] ha quedado sin efecto por la reforma del artículo 440.3 LEC operada por la ley 23/2003» (Escaler Bascompte, Rafael, *El desahucio por falta de pago*, Atelier, Barcelona, 2006, pág. 183 —y 187—). SAMANES ARA considera inaplicable el art. 704 LEC a la ejecución de sentencias de desahucio (Samanes Ara, C., «Las pretensiones procesales basadas en la falta de pago de las rentas de arrendamientos urbanos y la LEC de 2000. Referencia especial a las modificaciones introducidas por la Disposición Final Tercera de la Ley 23/2003, de 10 de julio», *Revista Jurídica La Ley*, año XXIV, núm. 5853, de 19 de septiembre de 2003, pág. 1771); también inaplicable los considera SOLER PASCUAL «por tratarse aquellos procedimientos de juicios sometidos a una normativa especial que excepciona la dilación que presupone el plazo de gracia a que se refiere

Aunque tal su supresión no se esta expresamente recogida en la LEC, es una consecuencia inevitable y lógica del sistema introducido por las reformas objeto de estudio. Una fecha de lanzamiento que se sitúa dentro del mes siguiente a la fecha de finalización de la vista del juicio de desahucio (norma procedente de la ley 23/2003 y reforzada por la ley orgánica 19/2003 y la ley 19/2009) es lógicamente incompatible con un plazo de espera previo al lanzamiento (el plazo de garantía, gracia o humanidad) también de un mes (además, prorrogable) a contar desde una fecha posterior (desde el despacho de ejecución, como pronto).

Podría sostenerse que la compatibilidad del nuevo sistema con el antiguo es todavía posible si el primero se refiere sólo a la ejecución de lanzamientos que no sean de vivienda habitual. De este modo, el plazo a que alude el art. 704.1 LEC sería de aplicación también a los supuestos de ejecución de sentencias de desahucio de vivienda habitual quedando sin efecto, en estos casos, los señalamientos realizados durante el juicio de desahucio conforme al art. 440.3 y la DA. 5.<sup>a</sup> LEC. Estos señalamientos sólo se aplicarían, según tal interpretación, a los casos de lanzamiento (derivados del desahucio por falta de pago o expiración de plazo) de vivienda no habitual o de viviendas no ocupadas, así como de locales dedicados al comercio o a la industria, o (tras la ampliación efectuada por la ley 23/2009, de 23 de noviembre) o de fincas rústicas. Pero esta conclusión sería contradictoria con la función que el lanzamiento directo (y el lanzamiento rápido, con señalamiento anticipado) pretende cumplir y que no podrá alcanzar si se excluyen del nuevo sistema de señalamiento, precisamente, los arrendamientos de vivienda. No puede olvidarse que la finalidad declarada de las sucesivas reformas que han introducido el lanzamiento directo ha sido proporcionar a los arrendadores seguridad de recuperación rápida y eficaz de sus viviendas en alquiler mediante mecanismos procesales expeditivos que

---

el señalado precepto» (Soler Pascual, Luis Antonio, «Los procedimientos especiales», *Práctica de Tribunales*, núm. 73, agosto de 2010).

garanticen su recuperación en caso de impago o finalización del arrendamiento) para así aumentar el número de viviendas en el mercado de alquiler<sup>31</sup>.

c. Supresión de trámites propios de la ejecución hasta el momento del lanzamiento.

El párrafo tercero del art. 549 LEC, introducido por la ley 19/2009, establece, para el caso de haberse solicitado la ejecución en la demanda del juicio de desahucio, que una vez dictada la sentencia de condena se proceda a su ejecución «*sin necesidad de ningún otro trámite* para proceder al lanzamiento en el día y la hora señalados». La exclusión de trámites previos a la realización de la diligencia de lanzamiento se reitera al regular la ejecución de la sentencia de condena dictada como consecuencia de la incomparecencia del demandado (párrafo segundo, *in fine*, del art. 447.1 LEC producto de la mencionada reforma: «se procederá al lanzamiento en la fecha fijada *sin más trámite*»). Del mismo modo, se reitera esta supresión de trámites para la ejecución de las sentencias de condena por allanamiento dictadas a consecuencia de la aceptación del compromiso de condonación ofrecido en la demanda de desahucio, en cuyo caso: «se llevará a cabo el lanzamiento *sin más trámite y sin notificación alguna al condenado*, en el día y la hora fijadas en la citación si ésta es de fecha posterior, o en el día y hora que se señale en dicha resolución [la sentencia por allanamiento]» (art. 21.3 LEC). También se menciona al regular la ejecución del decreto dando por terminado el juicio monitorio de desahucio: precisamente el apercibimiento—admonición—que se le dirige al demandado es que de no oponerse «se procederá a su inmediato lanzamiento, sin necesidad de notificación posterior» (párrafo cuarto del art. 440.3 LEC)

Los trámites excluidos comprenden, a nuestro parecer, cualquier acto de comunicación con las partes, como expresamente señala el art. 21.3 LEC (para la ejecución de la sentencia de condena por allanamiento: «se llevará a cabo el lanzamiento sin más trámite y *sin notificación alguna al condenado*»); el art. 440.3

---

<sup>31</sup> Bastará recordar que el título de la Ley de reforma 19/2009 incluye la expresión «agilización procesal del alquiler». También la DA 5.<sup>a</sup> LEC (que regula el señalamiento anticipado de la fecha de lanzamiento por las oficinas de señalamiento inmediato) se rotula «Medidas de agilización de determinados procesos civiles».

III (para la ejecución del decreto con que concluye el trámite monitorio de desahucio: «se procederá a su inmediato lanzamiento, sin necesidad de notificación posterior») y el art. 440.4 (para la sentencia de condena en general «se procederá al lanzamiento en la fecha fijada, *sin necesidad de notificación posterior*»). La falta de notificación se refiere, fundamentalmente, a la sentencia de condena para la que se establece un mecanismo especial de notificación para el supuesto (art. 440.4 y párrafo primero del art. 447.1 LEC) así como, en su caso, al mandamiento necesario para configurar la actuación de la Comisión judicial.

Pero la ausencia de trámites va más allá de las notificaciones. El lanzamiento directo suprime la fase procesal de despacho: el despacho de ejecución propiamente dicho (salvo en el caso del lanzamiento directo derivado del trámite monitorio de desahucio: art. 440.3 párrafo quinto); la orden general de ejecución; los decretos de concreción de medidas ejecutivas (art. 551 LEC) y la eventual oposición del demandado —arts. 556 y sigs. LEC—) cuyo desarrollo impediría cumplir con la fecha señalada para la diligencia de lanzamiento. La ausencia de despacho y oposición nada tiene de extraño si se atiende al conjunto del nuevo mecanismo de ejecución, que pivota en torno a la realización de la diligencia de lanzamiento en el plazo de un mes desde que finaliza la vista del juicio de desahucio.

Si el actor no ha formulado su pretensión de ejecución al tiempo de la demanda de desahucio (como era su derecho, pero no su deber) o cuando su pretensión ejecutiva se refiere al decreto del secretario judicial declarando terminado el juicio de desahucio en los términos del trámite monitorio a que alude el párrafo quinto del art. 440.3 LEC, será necesario que el tribunal dicte despacho de ejecución, aunque ningún otro trámite se interpondrá entre éste y la diligencia de lanzamiento.

### *2.3. Interpretación restrictiva o correctora del lanzamiento directo.*

#### *2.3.1. Posibilidad de mantener el plazo de garantía ex art. 704.1 LEC.*

El hecho de que el artículo 704.1 LEC no haya sido modificado para impedir expresamente su aplicación en los casos de lanzamiento directo tras la reforma de

la LEC efectuada por la ley 19/2009(a pesar de que se presentaron enmiendas en tal sentido), unido a la función de tutela de derechos fundamentales que tal plazo desempeña, plantea la duda razonable sobre su aplicación a los casos de lanzamiento directo de vivienda. Por otra parte, la aplicación de este plazo a todo lanzamiento de vivienda neutralizaría la función expresamente declarada del sistema de lanzamiento directo (dinamizar el mercado de alquiler de viviendas para resolver problemas habitacionales).

Una posible solución interpretativa consistiría en admitir, tal como hemos anticipado, que la supresión del plazo de garantía regulado en el art. 704.1 LEC sólo se ha producido para los supuestos de desalojo de fincas que no constituyan la vivienda habitual de sus ocupantes, es decir, supuestos de fincas rústicas o de fincas urbanas destinadas a segunda residencia o a local de negocio o industria. Se puede sostener dicha interpretación con base en diferentes argumentos:

a) El diferente ámbito de aplicación de las normas

El plazo otorgado por el tribunal conforme al art. 699 LEC, para el desalojo de todo tipo de inmuebles, es un caso general respecto del plazo otorgado al amparo del art. 704.1 LEC, específico para la entrega de bienes inmuebles que constituyan la residencia habitual del propio ejecutado o las personas que de él dependan. Entre el art. 699 y el 704.1 se aplicará la segunda norma por ser especial. En cambio, no existe una relación de especialidad clara entre el art. 704.1 LEC y los artículos arts. 440.4, DA. 5.<sup>a</sup> y 447.1. II LEC, que regulan el señalamiento anticipado de la fecha y hora de la diligencia de lanzamiento durante el juicio de desahucio de modo incompatible con el plazo anterior. El art. 704.1 LEC hace abstracción del fundamento de la entrega del inmueble (la *causa petendi* contenida en el título ejecutivo que fundamenta el deber de entrega) y toma como único dato relevante el uso al que se destina el objeto de la prestación de entrega y de la condena: satisfacción de la necesidad habitual de vivienda (cualquiera que sea el título por el que se viniera ocupando). Los arts. 440.3 y 447.1. II LEC hacen abstracción del tipo de uso que recibe el inmueble (uso rústico o urbano y, en este segundo caso, habitacional, mercantil o industrial: todos ellos pueden asentarse sobre un inmueble

arrendado) y, en cambio, atienden a la causa jurídica por la que el inmueble se ocupaba (arrendamiento), así como a la causa jurídica por la que dicho arrendamiento deviene título insuficiente para mantener la ocupación y fundamenta la pretensión de entrega (el desahucio por falta de pago o expiración del plazo de arriendo reconocido en un título ejecutivo)<sup>32</sup>. Por consiguiente, la relación entre las normas de los arts. 440.3, DA. Quinta y 447.1. II LEC, por una parte, y la norma del art. 704.1 LEC no es de especialidad ni en un sentido ni en otro<sup>33</sup>. Ambas normas contemplan como supuesto de hecho casos especiales del general representado por el art. 699 LEC, pero cada una de ellas selecciona diferentes elementos del caso general para aplicar una norma especial, sin que entre dichos elementos haya, a su vez, relación de especialidad: dentro del supuesto de hecho contemplado en los arts. 440.3 y 447.1. II LEC estarán comprendidos supuestos de lanzamiento vivienda y otros que no lo serán (tratándose, en todo caso, de locales arrendados o fincas rústicas, objeto del desahucio); del mismo modo, entre los lanzamientos de vivienda contemplados en el art. 704.1 LEC habrá, en principio, supuestos que traigan causa de un desahucio y otros cuya causa obedezca a un título diferente. Se puede afirmar que el desalojo de vivienda es un caso de la ejecución de sentencias de desahucio pero no más que la ejecución de sentencias de desahucio tiene entre sus casos el desalojo de viviendas.

No existiendo relación de especialidad entre una norma y otra, pero si, en cambio, incompatibilidad, habría que acudir al criterio temporal y la norma posterior derogaría la anterior. Las normas sobre otorgamiento del plazo de garantía (art. 704.1 LEC) habrían sido derogadas por las normas (posteriores) sobre señalamiento

---

<sup>32</sup> La diferencia entre el plazo contemplado el art. 440.3 LEC y el contemplado en el art. 447.1 II LEC procede de la diferente modalidad de sentencia que accede al desahucio: sentencia ordinaria tras la celebración regular de la vista o sentencia por incomparecencia del demandado en el primer caso; sentencia por allanamiento en caso de incumplimiento de la transacción celebrada, en el segundo.

<sup>33</sup> ORTELLS RAMOS no considera que el art.440.3 LEC afecte a la aplicación del art. 704 (Ortells Ramos, Manuel, «La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil», en AA. VV. (Moreno Catena, dir.), *La Ejecución Civil*, CGPJ, Madrid, 2005, págs. 294 y sigs.; En el mismo sentido, SANTOS MARTÍNEZ, Albert, *La ejecución del desahucio de vivienda*, Bosch, Barcelona, 2008, pág. 354 a 356; ACHÓN BRUÑÉN sostiene la especialidad del art. 440.3 respecto del artículo 548 pero considera que «no es fácil deslindar si es ésta la norma especial o si, por el contrario, es la prevista en el art. 704.1 de la LEC» (Achón Bruñén, María José, *Análisis práctico del Juicio de Desahucio por falta de pago*, J. M.<sup>a</sup> Bosch, Barcelona, 2007, pág. 213) y concluye que se trata de dos normas especiales cuya delimitación no resulta fácil (*ibídem*, pág. 214).

del lanzamiento durante el juicio de desahucio en aquellos casos cuyos supuestos de hecho sean coincidentes<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Diversas proposiciones de Ley de 2006, 2007 y 2008 de las que fue autor el Grupo Parlamentario Catalán CiU pretendieron evitar las dudas que, tras las reformas de 2003, suscitaba la interferencia entre los arts. 440.3 y 704.1 LEC (que permitieron sostener a parte de la doctrina la aplicación preferente del plazo recogido en el art. 704.1 LEC sobre la fecha señalada de modo anticipado en el art. 440.3 LEC); para ello proponían excluir de forma expresa (parte de la doctrina ya pensaba que su supresión se había producido ya de modo tácito) la aplicación automática del plazo de desalojo contemplado en el art. 704.1 LEC para procedimientos de lanzamiento de vivienda en los que se hubiera efectuado un señalamiento anticipado ex art. 440.3 LEC. Las proposiciones citadas incorporaban un nuevo apartado 3 al art. 704, cuyo párrafo primero tenía la siguiente redacción: «En los casos en que la entrega de la posesión tuviese como causa la resolución del contrato de arriendo por falta de pago de las rentas o cantidades debidas al arrendador y la vivienda fuese la habitual del ejecutado o de quienes de él dependan, no regirá lo previsto en el apartado 1, y el plazo de desalojo será el que previamente se hubiese fijado al tramitarse el juicio correspondiente, sin prórroga alguna». Según el párrafo IX de la EM de las proposiciones citadas se justificaba así la incorporación: «Al existir cierta discordancia entre la aplicación general de los artículos 548, 549 y 704 de la LEC y las normas especiales por falta de pago de la renta de los arrendamientos urbanos, se han modificado tales artículos en el sentido de complementarlos para producir la concordancia debida entre los mismos y generar una mayor seguridad jurídica.//Se procede a la supresión de la prolongación de plazos para el desalojo, estableciendo una posibilidad de prórroga especial, en las viviendas habituales por razones humanitarias, con la expresa condición de que el Juez que otorgue la prórroga deberá notificar de inmediato a la Administración Municipal para que adopte las medidas precisas de asistencia al desahuciado» (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, Serie III-A (proposiciones de ley del Senado), número 50 a), de 1 de febrero de 2007, pág. 4); en el mismo sentido para la proposición de 2008 (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie B (proposiciones de ley), núm. 28-1, de 11 de abril de 2008, pág. 4) y de 2006 (BOCG-Congreso de los Diputados, Serie B (proposiciones de ley), núm. 245-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 4).

Al no incluirse una previsión similar en el Proyecto de Ley de 2008, el Grupo Catalán presentó una enmienda (núm. 68) con el mismo contenido de sus proposiciones anteriores, fundamentándola en la necesidad de «no aplicar con carácter general lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 704, por contradecir el espíritu de reforma y los artículos 437, 440.3, 548 y 549 del proyecto. Sin embargo, por razones de humanidad cabría una sola prórroga de un mes pero con el requisito como mínimo del abono de la mensualidad, y en todo caso confiar a la Administración Pública la asistencia del desahuciado en nombre de toda la ciudadanía, liberando al arrendador de ser el único perjudicado» (BOCG-Congreso de los Diputados, Serie A (proyectos de ley), núm. 16-6, de 20 de marzo de 2009, pág. 37).

El propio Grupo Parlamentario autor de la iniciativa presentó una enmienda (núm. 43) a su propia proposición de Ley de 2008 para la reforma de la LEC en materia de desahucio (vid. supra, nota 10), incorporando al apartado tercero del art. 704 un último párrafo con siguiente tenor: «Sin perjuicio de abonar la deuda vencida en que se fundamente la demanda de desahucio, será requisito para conceder la prórroga, que se abone o consigne el importe de una mensualidad de renta, sin que, en ningún caso, constituya novación o rehabilitación del contrato» (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B (Proposiciones de Ley), núm. 28-10, de 20 de marzo de 2009, pág. 20).

Retomando las propuestas de CiU, el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds presentó la enmienda núm. 23 al «Proyecto de Ley de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios» (BOCG de 6 de julio de 2009), que terminaría siendo la Ley 19/2009. La enmienda n.º 30 en el Senado, presentada por el grupo parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP) reproducía la anterior. Con estas enmiendas se proponía modificar la redacción del art. 703.1 LEC en



b) Interpretación correctora con fundamento en un error material del legislador.

Se ha sostenido igualmente que la norma que sitúa la fecha de lanzamiento dentro del mes siguiente a partir de la fecha de la vista del juicio verbal de desahucio debe considerarse un error o *lapsus* del legislador al elaborar la Ley 23/2003, de 10 de julio<sup>35</sup>. Según tal interpretación, el legislador, al redactar el nuevo art. 440.3, habría pretendido expresarse en sentido negativo («el Tribunal fijará en el auto de admisión día y hora para que tenga lugar, en su caso, el lanzamiento, que [*no*: he aquí la palabra supuestamente olvidada] podrá ser inferior a un mes desde la fecha de la vista»); lo que habría sido una forma de respetar, al menos en parte (pues, en todo caso, dicho plazo se computaría desde la finalización de la vista del juicio declarativo y no desde la notificación del despacho de ejecución al ejecutado como en el supuesto ordinario de lanzamiento), el plazo de garantía de un mes que el art. 704.1 LEC otorga con carácter general a todo ocupante de vivienda habitual. Varias razones permitían, inicialmente (en nuestra opinión, ya no), pensar en tal error. En primer lugar, la DF 3.<sup>a</sup> de la Ley 23/2003, que introduce en la LEC el señalamiento anticipado, es resultado de una enmienda (la enmienda núm. 38 de CiU en el trámite parlamentario ante el Senado) del mismo grupo parlamentario que en sus enmiendas al proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil había defendido la necesidad de

---

el siguiente sentido: «Cuando el inmueble cuya posesión se deba entregar fuera vivienda habitual del ejecutado o de quienes de él dependan, el plazo de desalojo será el que previamente se hubiese fijado al tramitarse el juicio correspondiente, sin prórroga alguna.//Sin embargo, por motivos humanitarios, podrá el demandado, o un tercero en su nombre, solicitar la suspensión del lanzamiento señalado. De estimarlo el Juez, otorgará la suspensión y señalará día y hora de lanzamiento para antes del mes siguiente de la fecha del lanzamiento suspendido y notificando de inmediato la resolución procedente a la Administración Municipal de la población para que tome las medidas oportunas de asistencia al ejecutado como consecuencia de la situación creada.//La suspensión podrá interesarse y acordarse en cualquier momento desde la firmeza de la sentencia hasta el mismo momento del lanzamiento. No se concederá ninguna otra prórroga.//El Juez de oficio y por los mismos motivos podrá acordar la suspensión cumpliendo los anteriores requisitos.//Se presumirá que los convivientes en la vivienda tienen relación de dependencia con el demandado, y la ejecución les alcanzará sin necesidad de notificación expresa a los mismos» (BOCG-Senado, Serie II (proyectos de Ley), núm. 19(c), de 22 de septiembre de 2009, pág. 25); dicha enmienda era obra (en el seno del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés), de Esquerra Republicana.

<sup>35</sup> Cita esta opinión, sin compartirla, TORRES LÓPEZ, Alberto, *Los juicios de desahucio*, SEPIN, Madrid, 2007, págs. 83 y 85; HERRERO PÉREZAGUA, «Consideraciones sobre la tutela del arrendador a través del proceso de desahucio», *Aranzadi Civil*, núm. 21, 2004, edición digital, nota 30.

asegurar un plazo mínimo previo al desalojo de vivienda<sup>36</sup>. En segundo lugar, la propia justificación de la enmienda en el trámite parlamentario ante el Senado parecería estar refiriéndose a un plazo mínimo (plazo de garantía, gracia o humanidad) al afirmar que «la demora de un mes para fijar la fecha de lanzamiento tiene por finalidad *favorecer al arrendatario* las operaciones necesarias para el desalojo»<sup>37</sup>. En tercer lugar, el art. 437.3 LEC relativo al compromiso de condonación de rentas que puede ofrecer el demandante de desahucio establecía (antes de su reforma por la ley 19/2009) que el plazo otorgado por el demandante en el compromiso de condonación que regula «no podrá ser inferior a un mes desde que se notifique la demanda» (tras la ley 19/2009 el plazo se reduce a 15 días: «que no podrá ser inferior al plazo de quince días desde que se notifique la demanda»), lo que revela la preocupación del legislador por respetar unos plazos mínimos en garantía del arrendatario. Un *lapsus calami* pudo originar que el texto de la enmienda perdiera el adverbio «no» delante de la expresión «podrá ser inferior a un mes» cambiando así su sentido originario. Al tratarse de una norma permisiva (el tribunal «podrá» —no «deberá»— señalar la fecha de lanzamiento dentro del mes siguiente) el buen criterio de los jueces habría permitido acoger esta interpretación correctora con base en los antecedentes legislativos y señalar en todo caso una fecha de lanzamiento que no minorase por debajo de un mes el tiempo de que dispone el ejecutado para desalojar la vivienda entre la fecha de la vista y la del lanzamiento, e, incluso (puesto que el tribunal «podrá») otorgar un plazo superior, para que el ocupante pudiera disfrutar (aproximadamente) de un mes real de plazo desde la notificación del despacho de ejecución y no desde la finalización de la vista (armonizándose este régimen con el que resulta del art. 704.1 LEC).

Sin embargo, en nuestra opinión, la interpretación expuesta se hizo imposible tras

---

<sup>36</sup> La enmienda núm. 1.245 del Grupo Parlamentario Catalán en el Congreso (CiU) al proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil pretendía introducir el señalamiento del día y hora del lanzamiento en el auto de admisión y citación a juicio de desahucio por falta de pago, requiriendo un plazo mínimo previo al lanzamiento (aunque sin especificar el *dies a quo* para el cómputo de dicho plazo) al afirmar que dicho auto: «señalará con carácter provisional día y hora de lanzamiento dentro de un plazo no inferior a veinticinco días ni inferior [sic. por superior] a cuarenta para el supuesto de dictarse sentencia condenatoria» (BOCG, Serie A, número 147-9, de 26 de marzo de 1999).

<sup>37</sup> Enmienda n.º 38 del GPC (CiU) en el Senado (BOCG, Senado, serie II, núm. 128-c, de 11 de junio de 2003).

la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre que introdujo la DA 5.<sup>a</sup> en la LEC (con la rúbrica «medidas de agilización de determinados procesos civiles»). Esta norma, por una parte, reproduce, para los señalamientos a efectuar por las Oficinas de Señalamiento Inmediato, la norma a que acabamos de hacer referencia sin incorporar el controvertido adverbio de negación, por lo que si el legislador cometió en su día un *lapsus* este quedó «convalidado» con esta segunda reforma. En segundo lugar, la nueva norma altera el sentido permisivo de la originaria (que autorizaba pero no obligaba al juez al señalar la fecha de lanzamiento dentro el plazo indicado<sup>38</sup>) y, en cambio, exige que las Oficinas de Señalamiento Inmediato señalen el lanzamiento en una fecha situada dentro del mes a contar desde la fecha de la vista del juicio de desahucio. El error, por consiguiente, no sólo no ha querido corregirse, sino que, antes bien, se ha consolidado<sup>39</sup>. La consolidación puede entenderse definitivamente completada con la reforma efectuada por ley 19/2009 que sustituye la expresión «el Tribunal fijará en el auto de admisión día y hora para que tenga lugar, en su caso, el lanzamiento, que *podrá ser inferior* a un mes desde la fecha de la vista» por esta otra: «en la resolución de admisión se fijará día y hora para que tenga lugar, en su caso [se entiende que en caso de sentencia de condena, por allanamiento, incomparecencia o tras la contradicción procesal], el lanzamiento, que *deberá* producirse *antes* de un mes desde la fecha de la vista»<sup>40</sup>. Recordemos que con esta reforma también se reduce de un mes a 15 días la espera mínima que el

---

<sup>38</sup> Por iniciativa del GP Catalán (CiU) se incluyó en su proposición de Ley de 2008 para la reforma de la LEC en materia de desahucio (vid. supra nota 10) una reforma del art. 440.3 LEC que pretendía establecer el carácter imperativo del límite temporal que nos ocupa.

<sup>39</sup> En este sentido, TORRES LÓPEZ señala que si hubiera error «[...] lo cierto es que el legislador no ha procedido a rectificación alguna por medio de los mecanismos establecidos para ello, por lo que no puede el intérprete ir más allá del contenido de la norma» y considera prueba de ello «que el Proyecto de Ley Orgánica por el que se pretende adaptar la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y que reforma el recurso de casación y generaliza la doble instancia penal prevé que el plazo de espera establecido en el art. 548 LEC no será aplicable en el caso de sentencias estimatorias de desahucio» (Torres López, Alberto, Los juicios de desahucio, Sepin, Madrid, 2007, pág. 83).

<sup>40</sup> Debe notarse la mejora de redacción pues el plazo de un mes a que alude la norma se relaciona con el tiempo dentro del cual habrá de realizarse el lanzamiento (y en consecuencia, dentro del cual estará comprendido el día fijado para ello). La norma anterior queriendo decir que el plazo comprendido entre la vista y la fecha de lanzamiento podría ser inferior a un mes, afirmaba literalmente, sin embargo, que un día puede ser inferior a un mes («[...] fijará día y hora [...] que podrá ser inferior a un mes [...]»)

arrendador debe ofrecer al arrendatario para cumplir con el compromiso de condonación que le haya otorgado conforme al art. 437.3 LEC.

c) Interpretación correctora con fundamento en el respeto a los derechos fundamentales.

Al amparo del art. 53 CE, puede propugnarse una interpretación restrictiva de las normas reguladoras del señalamiento anticipado con la que resulten favorecidos los derechos fundamentales del arrendatario amparados por el plazo regulado en el art. 704.1 LEC. En este sentido, las normas de señalamiento anticipado no serían aplicables si la finca urbana en cuestión fuera la vivienda del arrendatario o de su familia (o de las personas a las que se extienda el lanzamiento en los términos del art. 704.2 LEC). Esta conclusión se vería reforzada por una interpretación guiada por el principio de igualdad (art. 14 CE) pues, de otro modo, se produciría una desigualdad en el disfrute de una garantía legal (el plazo de un mes prorrogable para desalojar el inmueble que se habita) otorgada en desarrollo del régimen legal de un derecho de rango constitucional (el derecho a la vivienda y otros derechos fundamentales a él vinculados), ya que unos ciudadanos disfrutarían de dicho plazo y otros (los ejecutados con ocasión de una sentencia de desahucio) se verían privados del mismo<sup>41</sup>. Según esta interpretación, en el caso de un lanzamiento de vivienda habitual con motivo de un desahucio el órgano ejecutor debería anular el señalamiento que hubiera podido hacerse al amparo de las normas reguladoras del lanzamiento directo y

---

<sup>41</sup> En esta línea, TORRES LÓPEZ considera que la imposibilidad de aplicación práctica de la norma «[...] motiva resoluciones absolutamente dispares por parte de los Tribunales de Justicia, con la consiguiente desesperación de abogados y procuradores y detrimento de la seguridad jurídica» añadiendo que «[...] el nuevo plazo para el lanzamiento que de forma exclusivamente voluntarista efectúa el legislador crea innecesariamente contradicciones en el orden procesal de difícil solución, que van a ser interpretadas por cada órgano judicial de distinta forma, con la consiguiente inseguridad jurídica» (Torres López, Alberto, *Los juicios de desahucio*, Sepin, Madrid, 2007, págs. 82 y 83); en el mismo sentido LOSCERTALES FUERTES, «El plazo de lanzamiento en los arrendamientos», *Revista Sepin-NET AU*, diciembre 2003 (sp/doct/1803), SARAZÁ JIMENA, R., «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de Arrendamientos y los “juicios rápidos civiles”: legislando para la galería», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 629, 2004, edición digital; SANTOS MARTÍNEZ, Albert M., *La ejecución del desahucio de vivienda*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 355; ACHÓN BRUÑÉN, María José, «La problemática derivada de la ejecución forzosa de las sentencias de desahucio por falta de pago y soluciones prácticas (I)», *Revista de Arrendamientos Urbanos, SEPIN*, n.º 278, marzo de 2007, pág. 12.

otorgar un plazo conforme al art. 704.1 LEC (un mes prorrogable) señalando, en la propia resolución que lo otorgue, la fecha de lanzamiento<sup>42</sup>.

Sin embargo, el anterior razonamiento equivale a concluir que la actividad de ejecución diseñada por las leyes de 2003 y 2009 no es aplicable al desahucio de vivienda, dejando sin contenido la finalidad principal de las reformas que no era otro que ofrecer a los arrendadores la seguridad de un lanzamiento rápido y efectivo favoreciendo la puesta en el mercado de viviendas en alquiler<sup>43</sup>. Podría decirse que el principio de proporcionalidad, que favorecería una interpretación en favor de la máxima expansión de los derechos fundamentales (art. 53 CE) entra en conflicto

---

<sup>42</sup> Para TORRES LÓPEZ, el art. 440.3 no deroga el art. 704 pues la única forma de hacerlo hubiera sido hacerlo expresamente: «la obligación de respetar el plazo “de humanidad” del ejecutado para que desaloje la vivienda en un mes, cuando ésta sea la residencia habitual, hace absolutamente imposible que el auto de admisión a trámite de la demanda fije el lanzamiento antes de dicho plazo» y se hace eco de opiniones que invocan el rango constitucional del derecho a la vivienda que proclama el art. 47 de la Constitución (Torres López, Alberto, *Los juicios de desahucio*, Sepin, Madrid, 2007, pág. 85); en el mismo sentido SARAZÁ JIMENA, Rafael, «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de Arrendamientos y los “juicios rápidos civiles”: legislando para la galería», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 629, 2004, edición digital. ACHÓN BRUÑÉN considera que «no otorgar ni siquiera un plazo adecuado para la mudanza y búsqueda de otra vivienda [...] pudiera poner en tela de juicio el propio derecho constitucional a una vivienda digna reconocido en el art. 47 de nuestra Carta Magna» por lo que propone *de iure constituendo* que se prevea expresamente «que el plazo para el lanzamiento señalado en el auto de admisión de la demanda había de ser superior a un mes desde la celebración de la vista» (Achón Bruñén, María José, *Análisis práctico del Juicio de Desahucio por falta de pago*, J. M.<sup>a</sup> Bosch, Barcelona, 2007, págs. 215 y 216).

<sup>43</sup> En este sentido ACHÓN BRUÑÉN afirma que «de la *voluntas legislatoris*, se deduce un afán por amparar a los arrendadores de inmuebles urbanos frente a los arrendatarios morosos cuyo lanzamiento se pretende agilizar» (Achón Bruñén, María José, *Análisis práctico del Juicio de Desahucio por falta de pago*, J. M.<sup>a</sup> Bosch, Barcelona, 2007, pág. 214). Para MARTÍNEZ SAURI el criterio interpretativo lo proporciona «el principio general *prioris leges nihilominus stabunt quantum presenti legi non contradicent* (las leyes anteriores subsisten cuando no contradicen la ley vigente), dicho plazo especial no es de forzoso cumplimiento» (Martínez Sauri, Santiago, «Las modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación a los desahucios por falta de pago», *Revista Jurídica La ley*, núm. 5847 (año XXIV), 11 de septiembre de 2003) y el criterio teleológico, pues «la idea del legislador es conceder al demandado un plazo razonable para que pueda desalojar voluntariamente la vivienda evitando el trauma de la diligencia de lanzamiento y es obvio que desde la citación para juicio, en que se señala al demandado el plazo de lanzamiento, se habrá consumido el tiempo que transcurre hasta la celebración de la vista, y que sumados, superan ampliamente el término mensual. Y debemos considerar que la finalidad de la reforma legislativa, como apunta la Exposición de Motivos, es la agilización de los desahucios» («La reciente reforma del desahucio por falta de pago y expiración de plazo», *Diario La Ley*, núm. 7299, Sección Doctrina, 9 dic. 2009 y núm. 7330, Sección Doctrina, 28 ene. 2010); también en este sentido OCHOAIMONZO, Virtudes, «El juicio de desahucio por falta de pago a la luz de las nuevas reformas de la LEC», *Práctica de Tribunales*, núm. 2 (2004) y VENDRELL SANTIVERI, Enrique, «El lanzamiento tras la reforma de la ley 19/2009, de 23 de noviembre (la ley 20600/2009), de medidas de fomento del alquiler», *Práctica de Tribunales*, núm. 71, mayo 2010.

con el principio democrático que otorga al legislador democráticamente elegido la potestad de organizar la vida social en el marco de la Constitución<sup>44</sup>.

En nuestra opinión, la supresión del plazo previsto en el art 704.1 LEC no vulnera, por sí misma, los derechos de los ocupantes amenazados por el desalojo. Como hemos sostenido, la actividad de ejecución en que consiste la diligencia de lanzamiento no puede consistir en la realización ciega de un desalojo coactivo e instantáneo y, menos aún, en un desalojo basado exclusivamente en la *vis absoluta o ablativa* ejercitada a través de la policía. La supresión de la etapa de preparación y evitación de la diligencia de lanzamiento en los supuestos de lanzamiento directo sólo quiere decir que se prescindirá *ab initio* de la posibilidad de obtener la cooperación del ocupante, por lo que su voluntad quedará sustituida plenamente desde un primer momento por la actuación del tribunal, pero no que esta actuación permita desconocer los derechos fundamentales del ejecutado ocupante y, por consiguiente, que el tribunal no pueda acordar los medios de ejecución adecuados para que la ejecución se desarrolle preservando tales derechos. De este modo, iniciada la diligencia de lanzamiento en la fecha indicada por el señalamiento realizado durante el juicio de desahucio y a la vista de las circunstancias concurrentes apreciadas *in situ* por la Comisión judicial, será procedente, atendiendo a situaciones reales de riesgo para el derecho a la vivienda y para los demás derechos fundamentales que ella ampara, la interrupción o suspensión de la diligencia de lanzamiento, adoptando entonces las medidas apropiadas para hacer frente a tal situación, con lo que la lesión de derechos fundamentales no se consumará.

Con la interpretación realizada se otorga la máxima eficacia a la medida querida por el legislador: la diligencia de lanzamiento no debe retrasarse a la espera de la cooperación del ejecutado sino que debe iniciarse dentro del mes siguiente a la vista del juicio verbal de desahucio, asegurándose así la celeridad que en la *mens*

---

<sup>44</sup> Algún autor, para preservar el derecho a la vivienda de los ocupantes, ha pretendido excluir del lanzamiento directo el lanzamiento de vivienda con excepción de la ejecución de sentencias de condena por allanamiento derivadas de aceptar el compromiso de condonación de rentas y costas ex art. 437.3 LEC. Vid. BERROCAL JAIME, A. «Apuntes sobre la nueva regulación del juicio de desahucio», *Diario La Ley*, Año XXIV, núm. 5863, de 3 de Octubre de 2003

*legislatoris* ha de servir al mercado de los alquileres, pero, al propio tiempo, se preserva el principio de proporcionalidad (y los derechos fundamentales de los ocupantes) pues permite que durante el desarrollo de la diligencia y a través de la Comisión judicial el tribunal reaccione ante situaciones (no ya hipotéticas sino reales y constatadas *in situ*) que justifiquen una consideración singular, en su caso, mediante la interrupción de la diligencia.

### 2.3.2. Posibilidad de mantener el despacho y la oposición a la ejecución

Tras las reformas efectuadas por la ley 23/2003 y la ley orgánica 19/2003, pero antes de la reforma realizada por la ley 19/2009, algún autor, como OCHOA MONZO, y la práctica de algunos tribunales, habían admitido la posibilidad de proceder a la ejecución el día señalado durante el juicio declarativo de desahucio al amparo del art. 440.3 LEC sin necesidad de instancia de parte, con fundamento exclusivo en el señalamiento efectuado<sup>45</sup>. SANTOS MARTÍNEZ se manifestó en contra de esta interpretación por carecer de apoyo legal y suponer una incorrecta interpretación del principio de impulso procesal de oficio<sup>46</sup>. En caso de procederse sin instancia de parte y sin despacho, abogaba este autor por la nulidad de actuaciones dado que «la actuación del tribunal estaría prescindiendo de las normas esenciales de procedimiento y por esta causa se puede producir indefensión a la parte (arts. 225.3.º LEC y 238.3º LOPJ). La inexistencia de petición de parte y de resolución por la que se despache ejecución da cuenta de que se prescinde de las normas esenciales de procedimiento. En cuanto a la producción de indefensión, es evidente que la realización de la entrega forzosa sin observar los requisitos esenciales de procedimiento supone un menoscabo del derecho de defensa del ejecutado. La indefensión se produce precisamente por esta ausencia de forma, de requisitos esenciales del proceso; y al no existir resolución que acuerde el despacho de la ejecución y la entrega forzosa, el ejecutado no podrá atacar, recurrir u oponerse a esta ejecución, con lo que no podrá defender sus derechos»<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> OCHOA MONZO, Virtudes, «El juicio de desahucio por falta de pago a la luz de las nuevas reformas de la LEC», *Práctica de Tribunales*, n.º 2 (2004).

<sup>46</sup> Vid. SANTOS MARTÍNEZ, Albert M., *La ejecución del desahucio de vivienda*, Bosch, Barcelona, 2009, págs. 330-336 y 341-342.

<sup>47</sup> *Ibidem*, pág. 341.

Podemos plantear si estas objeciones pueden mantenerse tras la Ley 19/2009, cuando ya la LEC admite expresamente la formulación de la pretensión ejecutiva de forma acumulada a la declarativa en la demanda de desahucio y suprime (expresa o implícitamente) tanto las notificaciones posteriores a la sentencia como los demás trámites previos a la diligencia de lanzamiento. A nuestro parecer, la respuesta debe ser negativa. Con el lanzamiento rápido, la LEC ha realizado una verdadera mutación del proceso de ejecución convirtiéndolo en una mera fase, que sigue a la declarativa, a modo de *ex-secutio* o prosecución de un proceso que ya es único. El legislador, suprimiendo en el lanzamiento directo la necesidad de una demanda autónoma, del plazo de espera entre ésta y la actividad de ejecución y haciendo desaparecer el plazo de garantía entre el inicio de la ejecución y la diligencia de lanzamiento, es decir, comprimiendo el tiempo que media entre la sentencia y la diligencia de lanzamiento, ha hecho desaparecer las causas que justificaban el despacho de ejecución y la subsiguiente oposición a la ejecución. Si mediante el despacho de ejecución y la orden general de ejecución el tribunal controlaba la regularidad formal del título de ejecución así como su coherencia con las pretensiones formuladas (art. 551.1 LEC), ambos extremos se hacen innecesarios cuando la ejecución se desarrolla sin solución de continuidad con la declaración judicial y en perfecto alineamiento con la misma; si el tribunal controlaba con el despacho la concurrencia de presupuestos procesales (art. 551.1 LEC), también este control pierde relevancia por la expresada contigüidad temporal entre desahucio y lanzamiento, pues la identidad de las partes es consustancial al lanzamiento directo (sería preciso una demanda expresa —abandonando el lanzamiento directo— para que la entrega del inmueble se realizase a persona distinta del demandante de desahucio), quedando matizada, asimismo, toda cuestión relativa a cuestiones de capacidad, legitimación o representación pues habrán quedado acreditadas y controladas en el proceso de desahucio del que forma ahora parte la diligencia de lanzamiento directo. Por las razones de proximidad temporal expuestas, queda también matizada la necesidad de oposición por motivos formales (art. 559.1 LEC). En cuanto a los motivos de oposición a la ejecución por razones de fondo (art. 556.1 LEC), se debe considerar que sólo el cumplimiento o pacto, serían causas de



oposición en supuestos de ejecución no dineraria. Ambas causas se vuelven más improbables cuanto más breve es el plazo transcurrido entre la sentencia de condena y la diligencia de lanzamiento. Parece poco probable que tras la obtención por el acreedor de una sentencia de condena a su favor éste se decida a celebrar de modo inmediato y urgente (entre la sentencia de condena y la fecha de lanzamiento: es decir, en menos de un mes) un acuerdo con su deudor que evite el lanzamiento así como a documentado en documento público (como exige el párrafo segundo del art. 556.1 LEC), más todavía si se considera que algunas de las posibilidades de negociación entre las partes se han trasladado al interior del propio juicio de desahucio (oferta de condonación de rentas y costas en la demanda en los términos del art. 437.3 LEC). La posibilidad de un cumplimiento voluntario que hubiera dejado sin objeto la ejecución y que fuera necesario oponer al lanzamiento que se pretende se reduce a aquellos supuestos en que habiendo demandado entregado el inmueble (y constando documentalmente dicha entrega: párrafo primero del art. 556.1 LEC) hubiera luego retornado al mismo con autorización del acreedor (pactando un nuevo arrendamiento, por ejemplo), con lo que volveríamos al argumento anterior: es altamente improbable que esta situación de acuerdo entre las partes se produzca en el plazo tan breve que media entre la sentencia de desahucio y la diligencia de lanzamiento (menos de un mes).

#### *2.4. Naturaleza y fases del lanzamiento directo.*

Con el lanzamiento directo la actividad procesal de ejecución forzosa ésta deja de constituir un proceso autónomo separado del proceso declarativo tanto temporal (plazo de espera) como formalmente (ejercicio de la pretensión en forma de demanda separada). La actividad ejecución se desarrollará en estos casos tras la de declaración, sin solución de continuidad, sin necesidad de nueva demanda y sin tiempo de espera entre ambas, a modo de *ex-secutio* o nueva fase de un único proceso. El lanzamiento, en lugar de fase de un proceso de ejecución, pasa a constituir la última fase (la «fase de ejecución») del proceso de desahucio, de ahí que el calificativo de «lanzamiento directo» sea equivalente a un lanzamiento extramuros a un proceso de ejecución ya inexistente.

A nuestro parecer, pese a lo radical de la novedad expuesta, tal configuración de la ejecución no compromete, por sí sola, el modelo constitucional de ejecución procesal que hemos sostenido en la primera parte de este trabajo<sup>48</sup>. En efecto, se ha conservado la actividad de ejecución como ejercicio de la jurisdicción, atribuyéndola a un tribunal imparcial y manteniendo su regulación en la LEC como parte de un proceso, aun cuando éste no sea ya un proceso autónomo sino la fase final del juicio de desahucio<sup>49</sup>. Por tanto, se mantiene la exigencia de una cognición judicial encaminada a resolver acertadamente la conflictividad inherente a toda forma de aplicación del derecho (en particular, adecuando a través del principio de proporcionalidad los medios de ejecución a las normas de derecho material reguladoras de los derechos fundamentales) con posibilidad de audiencia bilateral a través del ejercicio por las partes de las vías de impugnación previstas legalmente.

Frente al lanzamiento ordinario, el directo prescinde de notificaciones y de cualesquiera trámites intermedios entre la sentencia de desahucio y su ejecución<sup>50</sup>. Sólo en el caso del lanzamiento directo que sigue al decreto del secretario judicial dando por terminado el juicio de desahucio por falta de pago por falta de oposición del demandado (el juicio «monitorio» de desahucio ex art. 440.3 LEC) la solicitud del demandante originará el despacho correspondiente sin que, a nuestro parecer, deban admitirse, tampoco en este caso, ulteriores trámites (notificación del

---

<sup>48</sup> Vid. parte primera, capítulo tercero.

<sup>49</sup> GÁRNICA MARTÍN califica esta solución de «insólita», pues «{Resulta inconcebible, en términos generales, esa acumulación en un solo acto de una pluralidad de decisiones subjetivas. Y resulta también inconcebible que la efectividad de las segundas y terceras actividades acordadas en la resolución judicial no lo puedan haber sido de forma firme o segura, sino condicional, esto es, para el caso de que llegaran a darse las circunstancias que las propician}» (Gárnica Martín, Juan Francisco, «Principales novedades de la reforma procesal en la ejecución», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, 2010, pag. 704 y nota 9).

<sup>50</sup> Así, GÁRNICA MARTÍN para quien «parece evidente, aunque no se haya dicho explícitamente, que lo que ha querido el legislador es que se de por sobreentendida no sólo la solicitud de ejecución sino también su despacho. No puede olvidarse que, conforme al art. 440.3, al admitir a trámite la demanda ya se señala fecha para el lanzamiento. De manera que debe entenderse que ya en ese momento el Juez se está pronunciando sobre el despacho de ejecución e incluso sobre la procedencia de una concreta medida de ejecución (el lanzamiento), de manera que lo único que resta pendiente es el cumplimiento [...] Por consiguiente, lo único que resta es que el servicio de apoyo, constada la firmeza de la sentencia, se limite a remitir de oficio las actuaciones al servicio común de ejecución para que pueda proceder al lanzamiento en la fecha previamente señalada» (*ibidem*, pág. 704).

despacho, oposición o recursos contra el despacho...) hasta la diligencia de lanzamiento. Además de la fase de despacho el lanzamiento directo hace desaparecer también la fase de preparación y evitación de la diligencia de lanzamiento al desvanecerse el plazo de garantía (arts. 699 y 704.1 LEC) que delimitaba su extensión temporal.

El señalamiento anticipado no impide que pueda existir un margen de tiempo (aunque será ciertamente escaso) entre la sentencia de desahucio (o decreto equivalente) y la fecha señalada para la diligencia de lanzamiento (comienzo de la fase de desarrollo de la diligencia). Durante este período de tiempo podrá producirse el abandono del inmueble por el ejecutado (como confirma el art. 703.4 LEC) y, por tanto, una actividad de cooperación del ejecutado similar a la que se pretendía durante el plazo de garantía. Nada impide tampoco que el tribunal desarrolle durante dicho periodo la actividad esencial para que la diligencia de lanzamiento señalada pueda realizarse (fundamentalmente, el mandamiento dirigido a la Comisión del juzgado).

Durante la fase de desarrollo de la diligencia de lanzamiento, no habiendo desaparecido la naturaleza procesal de la ejecución forzosa, hay que sostener la exigencia de cognición previa a las decisiones que se adoptan, su adopción con sometimiento pleno a la ley y al resto del ordenamiento jurídico (lo que incluye el sometimiento al valor vinculante, sea como reglas o como principios de los derechos fundamentales y al principio de proporcionalidad) y, la posibilidad de contracción por las partes afectadas por aquellas decisiones mediante su impugnación. Por ello esta fase no puede concebirse como una mera secuencia de actos materiales realizados de manera rutinaria al amparo genérico de la sentencia de desahucio y al margen de sus consecuencias para los ocupantes de la vivienda. El tribunal ejecutor deberá considerar, de oficio o a instancia de parte, aquellas situaciones fácticas del demandado no consideradas (difícilmente podrían serlo al haberse suprimido cualesquiera actividades intermedias entre la sentencia y la diligencia) y que requieran medidas de ejecución no previstas al tiempo de desplazarse al inmueble la Comisión judicial. Dichas situaciones pueden consistir en la presencia de terceros en los términos del art. 704.2 LEC; en la resistencia a la entrega del

inmueble que no pueda ser vencida con los medios de que dispone la Comisión judicial (por no haberse reclamado la presencia policial, por ejemplo); en la en la identificación de bienes jurídicos (vida privada, seguridad, integridad física, salud, intimidad...) cuya lesión pueda producirse a consecuencia directa de la actividad jurisdiccional (sea por la actividad de expulsión en sí misma considerada, sea por el hecho de quedar los ocupantes sin hogar), en particular cuando afecte a grupos vulnerables protegidos constitucionalmente (infancia, ciudadanos en la tercera edad, enfermos...). En todos estos casos el tribunal deberá adoptar medidas de ejecución apropiadas: el desarrollo del incidente regulado en el art. 704.2 y 675.3 LEC; la solicitud de intervención de distintas Administraciones Públicas competentes para hacer frente a las diferentes situaciones: policía, servicios sociales, de menores, sanitarios...; la obtención de medios técnicos de los que no dispone la Comisión del Juzgado (cerrajeros, albañiles, médicos...). Las diferentes circunstancias mencionadas pueden requerir la interrupción o suspensión de la diligencia, prosiguiendo el lanzamiento (que es una fase procesal y no una mera coerción directa a través de la policía) con las resoluciones pertinentes (audiencia de terceros ocupantes en los términos del art. 675 LEC, oficio dirigido a las Administraciones Públicas competentes para que aporten los medios necesarios que realicen el desalojo posible sin lesión de derechos fundamentales, vencimiento de los obstáculos que a éste puedan oponerse, incluida la atención a las situaciones de necesidad social que puedan presentarse, etc.) y, en fin, nuevo señalamiento para el desplazamiento al inmueble de la Comisión judicial.

En nuestra opinión, acierta ACHÓN BRUÑÉN cuando afirma que «la celeridad en la tramitación de los procedimientos judiciales no se consigue previendo plazos cortos —por muy electorales que resulten— sino plazos razonables que puedan aplicarse en la praxis, ya que en otro caso las reformas legales quedarán en meras declaraciones de intenciones sin eficacia alguna»<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> Achón Bruñén, María José, *Análisis práctico del Juicio de Desahucio por falta de pago*, J. M<sup>a</sup> Bosch, Barcelona, 2007, pág. 217.



## CAPÍTULO SEGUNDO

### La etapa de preparación y evitación de la diligencia de lanzamiento

---

1. Funciones <a href="#">(878)</a>	
1.1. Función ejecutiva. . . . .	<a href="#">878</a>
1.2. Garantía de derechos del ocupante. . . . .	<a href="#">879</a>
1.3. Satisfacción del ejecutante. . . . .	<a href="#">884</a>
1.4. Aplicación del principio de proporcionalidad. . . . .	<a href="#">886</a>
2. Delimitación temporal: el plazo de garantía <a href="#">(887)</a>	
2.1. Variedad de sistemas de otorgamiento. . . . .	<a href="#">887</a>
2.2. Peculiaridades del plazo de garantía según los arts. 699 y 703.1 LEC. . . . .	<a href="#">895</a>
2.2.1. Otorgamiento del plazo. . . . .	<a href="#">895</a>
2.2.2. Duración del plazo. . . . .	<a href="#">896</a>
2.3. Peculiaridades del plazo de garantía según el art. 704.1 LEC («vivienda»). . . . .	<a href="#">898</a>
2.3.1. Ámbito de aplicación: concepto de vivienda habitual. . . . .	<a href="#">898</a>
2.3.2. Otorgamiento. . . . .	<a href="#">902</a>
2.3.3. Duración. . . . .	<a href="#">903</a>
3. Contenido de la actividad procesal <a href="#">(908)</a>	
3.1. Actos de coerción indirecta. . . . .	<a href="#">908</a>
3.1.1. Requerimiento de desalojo. . . . .	<a href="#">908</a>
3.1.2. Obediencia al requerimiento. . . . .	<a href="#">913</a>
3.2. Actos de cooperación del tribunal con el ocupante. . . . .	<a href="#">916</a>
3.2.1. Fundamento. . . . .	<a href="#">916</a>
3.2.2. Sujetos. . . . .	<a href="#">922</a>
3.2.3. Contenido. . . . .	<a href="#">931</a>
3.3. Medidas cautelares. . . . .	<a href="#">933</a>
3.3.1. Concepto y naturaleza. . . . .	<a href="#">933</a>
3.3.2. Condiciones para la adopción de medidas cautelares. . . . .	<a href="#">935</a>
3.3.3. Momento de adopción de las medidas cautelares. . . . .	<a href="#">939</a>
3.3.4. Contenido de las medidas cautelares innominadas. . . . .	<a href="#">942</a>
3.4. Actos de preparación de la diligencia de lanzamiento. . . . .	<a href="#">952</a>
3.4.1. Mandamiento a la comisión judicial. . . . .	<a href="#">953</a>
3.4.2. Oficios de cooperación dirigidos a las Administraciones. . . . .	<a href="#">960</a>
3.4.3. Requerimientos dirigidos a particulares. . . . .	<a href="#">962</a>
3.5. Diligencias para obtener información. . . . .	<a href="#">965</a>
3.6. Actividades relativas a bienes muebles y mejoras. . . . .	<a href="#">973</a>
4. Actos de ordenación, dirección y constancia de la actividad ejecutiva <a href="#">(975)</a>	
5. Asistencia jurídica <a href="#">(977)</a>	
5.1. Abogados y procuradores de las partes. . . . .	<a href="#">977</a>
5.1.1. Carácter preceptivo de la intervención. . . . .	<a href="#">977</a>
5.1.2. Asistencia jurídica gratuita. . . . .	<a href="#">987</a>
5.2. Intervención del Ministerio Fiscal. . . . .	<a href="#">991</a>
6. Especialidades del lanzamiento directo (ejecución de sentencias de desahucio) <a href="#">(993)</a>	

---

## 1. Funciones de la etapa

### 1.1. Función ejecutiva

La que hemos denominado en el capítulo anterior «etapa de preparación y evitación de la diligencia de lanzamiento» queda delimitada por el tiempo que media entre la demanda de ejecución y la que hemos denominado «fase de desarrollo de la diligencia de lanzamiento» (en ocasiones calificada «acto de lanzamiento» o bien, tomando la parte por el todo, simplemente como «lanzamiento»). Este periodo de tiempo consiste en un plazo expresamente otorgado a cuyo término se señalará (o estará ya señalada al tiempo de la fijación del plazo) la fecha de la diligencia de lanzamiento. Durante este lapso temporal el ocupante no puede ser sometido a coerción directa por parte del tribunal. Sin embargo, este tiempo pertenece a la fase procesal de ejecución y toda conducta desarrollada durante el mismo con relación al objeto del proceso debe ser considerada como propia actividad procesal. No puede considerarse, pues, que la actividad procesal de ejecución quede interrumpida o en suspenso durante esta sub-fase o etapa de la fase de lanzamiento; en primer lugar, cabe destacar que la actividad de abandono que el ocupante pueda realizar será actividad procesal de cumplimiento forzoso y no un cumplimiento voluntario extrajudicial: es el cumplimiento de una orden del tribunal, el requerimiento de desalojo. En segundo lugar, la posibilidad de abandono del inmueble por el deudor, para cuya realización dispone de un plazo durante el cual quedará exento de la coerción directa del tribunal, no impide, ni prohíbe (y aun en ciertos casos exige: vid. arts. 699 y 700 LEC) que el órgano jurisdiccional adopte otras medidas de ejecución; dicho de otra forma, a la actividad de cumplimiento forzoso que como acto procesal de desalojo realice eventualmente el ocupante en cumplimiento del requerimiento recibido del tribunal pueden sumarse durante la etapa procesal que nos ocupa otras actividades procesales orientadas tanto a preparar y asegurar el desarrollo efectivo de la ulterior etapa del lanzamiento (la de «desarrollo de la diligencia de lanzamiento») como a facilitar al deudor el abandono del inmueble con el menor coste para sus derechos (lo que redundará, igualmente, en beneficio del acreedor), evitando la diligencia de lanzamiento.

En resumen, las diversas actividades que pueden desarrollarse en esta fase del lanzamiento son actividades de ejecución, funcionales a sus fines propios: la realización acertada y eficaz del derecho a partir del título ejecutivo, lo que, en ocasiones, sólo se consigue si se coopera con el deudor para que éste, cooperando a su vez con el tribunal, abandone el inmueble sin menoscabar simultáneamente sus derechos fundamentales, al tiempo que se prepara y garantiza una ulterior intervención más enérgica (cuya mera amenaza es ya una forma de coerción indirecta que favorece la cooperación del deudor).

Puede recordarse que el art. 703.1 LEC ordena al secretario judicial que adopte de modo «inmediato» las medidas que procedan para la eficacia de la sentencia. Entre tales medidas está el otorgamiento del plazo de garantía (según el art. 699 o según el art. 704.1 LEC, dependiendo de los casos) pero este otorgamiento no impide la adopción de otras medidas igualmente procedentes. Tal procedencia puede predicarse de la efectividad de la ejecución para el demandante, pero también para la tutela o garantía de proporcionalidad en relación a los derechos fundamentales del demandado. Vamos a delimitar y precisar en este primer epígrafe el sentido de las diversas actividades que pueden desarrollarse en esta fase del lanzamiento en virtud del interés que predomina en su adopción..

### *1.2. Garantía de derechos del ocupante*

El demandado dispone en esta etapa de un tiempo (que hemos denominado «plazo de garantía» —el tradicional «plazo de gracia» o «plazo de humanidad»—) durante el cual puede abandonar el inmueble sin estar constreñido por la coerción directa del tribunal. El plazo otorgado le permite adoptar decisiones respecto al modo y ritmo del desalojo teniendo en cuenta sus circunstancias e intereses personales, así como buscar por sí mismo y conforme a su criterio los recursos y los medios (económicos y sociales, públicos o privados) que le permitan minimizar las consecuencias del desalojo sobre su esfera privada ; es decir, lo habilita a adoptar decisiones para proteger por sí mismo sus derechos fundamentales asociados a la esfera jurídica protegida por la vivienda: integridad física, salud, vida privada y familiar, etc.



En tal sentido, el plazo es una garantía para sus derechos fundamentales no sólo por impedir una coerción directa e inmediata del tribunal sobre el ejecutado sino por favorecer la libertad que debe regir —al menos *ab initio*— en la gestión y adopción de decisiones sobre tales derechos. Debe notarse que existen algunos derechos fundamentales implicados como la vida privada y familiar cuya protección óptima sólo puede lograrse si las decisiones al respecto son adoptadas sin la imposición por el poder público.

Por tanto, el órgano jurisdiccional no puede forzar al ocupante durante esta fase de la ejecución a adoptar medidas conducentes al desalojo que éste no desee, pues tal es el sentido del plazo otorgado. Nada obsta, sin embargo, a que durante esta fase el órgano jurisdiccional pueda contribuir activamente a la satisfacción de derechos fundamentales del ocupante, favoreciendo el despliegue de los medios públicos (o privados puestos a disposición del tribunal por el ejecutante o por un tercero) que contribuyan al desalojo del ejecutado como mejor forma de garantía a sus derechos fundamentales<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> PERROT y THÉRY, en relación con el sistema francés, afirman que dejar sin efecto una sentencia que ordena la expulsión no es posible sin comprometer gravemente la autoridad de las decisiones judiciales y de los derechos legítimos cuya existencia ha sido judicialmente reconocida, pero, en paralelo, el derecho al alojamiento es un derecho fundamental claramente reconocido en la Ley (ley n.º 89-462 de 6 de julio de 1989 y ley n.º 98-657, de 29 de julio de 1998, relativa a la lucha contra la exclusión); por ello, cuando la expulsión es inevitable, el objetivo es procurar el nuevo alojamiento de la persona expulsada del local que constituye su habitación principal. Afirman estos autores, no obstante, que la expulsión no está subordinada a una oferta previa de nuevo alojamiento, pues si bien la ley 98-657 de 29 de julio de 1998 subordinaba la intervención de la fuerza pública a una oferta de alojamiento (art. 119) el Consejo Constitucional en su decisión de 29 de julio de 1998 declaró que dicha disposición no era conforme a la Constitución. A cambio, el legislador francés ha impuesto la comunicación a los servicios sociales del departamento (a través del prefecto) para que se tengan en cuenta las necesidades de las personas expulsadas (organismos de ayuda al alquiler; fondos de solidaridad para el alquiler; servicios a cargo de los planes de acción social del departamento, etc.); la falta de respuesta por parte del prefecto o de los servicios sociales no impide, por sí misma, la expulsión. Este mecanismo se pone en marcha en varios momentos: 1.º con la citación de desahucio (ley n.º 89-462 de 9 de julio de 1989, art. 24, modificada por el art. 114 de la ley n.º 98-657 de 29 de julio de 1998); 2.º al adoptarse la decisión de expulsión (art. L. 613-2-1 del Código de la construcción y la vivienda en su redacción dada por ley de 29 julio de 1998) y 3.º en el momento del mandamiento ordenando el abandono del local. La actuación de los servicios sociales está regulada en el plan departamental de acción previsto por la ley n.º 90-449 sobre el derecho a la vivienda, de 31 de mayo de 1990 (modificada por ley 98-657, de 29 de julio: arts. 30 a 39) según la cual cada departamento debe elaborar un plan de acción social para el alojamiento de personas desfavorecidas y por tal entiende toda persona o familia que atraviese dificultades particulares en razón de la insuficiencia de sus recursos o de sus condiciones de existencia dando prioridad a las personas amenazadas de expulsión sin alternativa de alojamiento. El plan departamental instituye un

Trataremos en los párrafos que siguen de justificar rigurosamente la tarea jurisdiccional de cooperación con el ejecutado para favorecer su desalojo, articulando para ello diversos conceptos ya sentados en otras partes de la investigación.

El principio de derecho material advierte de la exigencia de respetar en el curso de la ejecución todos aquellos derechos no constreñidos directamente por la sentencia de condena. Es más, aun en el caso de que la sentencia suponga la constricción de ciertos derechos (como exigencia de la responsabilidad), el grado de sacrificio de los mismos habrá de responder al principio de proporcionalidad, de modo que no se produzcan restricciones innecesarias o gratuitas (principio de necesidad), ni restricciones graves de derechos cuando existan alternativas viables menos gravosas (principio de idoneidad) ni consecuencias desproporcionadamente gravosas con relación a los beneficios que supongan para la ejecución (principio de proporcionalidad en sentido estricto). El tribunal sólo desarrolla una función propiamente jurisdiccional (exigida por la naturaleza materialmente procesal de la ejecución forzosa española) cuando realiza la aplicación del derecho al caso concreto con todas las garantías, lo que incluye la consideración de todos derechos en presencia a través del principio de proporcionalidad.

Cuando los derechos cuya ponderación se invoca tienen rango fundamental (como son gran parte de los derechos relativos a la vivienda como ha quedado señalado), el principio de proporcionalidad adquiere rango constitucional y su aplicación por el tribunal se ve amparada expresamente por las normas de interpretación y aplicación contenidas en el art. 53 CE y dirigidas a todos los poderes públicos, incluidos los tribunales. En particular, la normativa internacional de derechos humanos, en la interpretación que de la misma extraen los órganos encargados (por los propios Estados que la suscriben) de su implementación, proscriben como «desalojo forzoso» (como hemos analizado detenidamente en la parte anterior de este trabajo), aquel lanzamiento que

---

fondo de solidaridad para el alojamiento destinado a otorgar ayudas financieras y medidas de apoyo social para la reinstalación (Perrot, Roger y Théry, Philippe, *Procédures Civiles d'exécution*, Dalloz, Paris, 2000, págs. 615 a 624).

tenga como resultado que queden personas sin hogar (CG 7 § 16; Principios y directrices sobre desalojos, §§ 43 y 52<sup>53</sup>) y exige, por consiguiente, que todo sistema jurídico contenga garantías de alojamiento alternativo para los sujetos desalojados (CDS: caso FEANTSA c. Francia, § 90; caso ERRC contra Italia, § 51; caso IM-ATD-FW c. Francia, § 80<sup>54</sup>).

Las cláusulas interpretativas contenidas en las normas procesales reguladoras del lanzamiento (como la cláusula contenida en el art. 703.1 LEC según la cual el tribunal, a través del secretario judicial «ordenará de inmediato *lo que proceda*», que se puede poner en relación con el art. 551.3 LEC según la cual en el decreto de concreción de medidas ejecutivas el secretario acordará «Las medidas ejecutivas concretas *que resultaren procedentes*») deben interpretarse, según lo expuesto, en el sentido de ser «procedentes» aquellas que puedan proporcionar satisfacción al acreedor en un plazo razonable sin perjudicar al deudor privándolo innecesaria o desproporcionadamente de derechos que reconoce la Constitución, dado que la «práctica judicial» de los tribunales ha de ser informada por los principios constitucionales (art. 53 CE) como mandatos de maximización u optimización de las posiciones jurídicas que

---

<sup>53</sup> Todos ellos citados en el Capítulo II de la Parte tercera de este trabajo. Recordamos, no obstante, que el TEDH (que contempla las obligaciones de los Estados relativas a la vivienda desde el punto de vista más limitado del derecho a la vida privada y familiar) considera que «el artículo 8 no reconoce el derecho a obtener una vivienda ni lo hace la jurisprudencia del Tribunal. Aunque es deseable que todo ser humano tenga un lugar donde pueda vivir con dignidad y que pueda considerar su hogar o domicilio, desafortunadamente hay entre los Estados Contratantes personas sin hogar o domicilio. Que el Estado proporcione recursos para garantizar que todos disfruten de una vivienda es materia de decisión política y no judicial» por lo que «no está convencido, [...], de que el artículo 8 pueda ser interpretado como la imposición a los Estados de una obligación positiva tan amplia relativa a su política social general» (*Caso Chapman c. Reino Unido*, §§ 98 y 99); en el mismo sentido, entre otros, caso *Beard c. Reino Unido*, §§ 109 y 110. No obstante, en el caso *Marzari c. Italia* (decisión de inadmisión de 4 de mayo de 1999), el tribunal matizó el alcance del art. 8 del CEDH afirmando que «si bien el objeto de esta norma es proteger al individuo de frente a interferencias arbitrarias por parte de las autoridades, esta obligación no sólo compele al Estado únicamente a abstenerse de la interferencia citada sino que junto a tal deber de abstención pueden existir obligaciones positivas inherentes al efectivo respeto de la vida privada. Un estado tendrá obligaciones de este tipo cuando exista un vínculo inmediato y directo entre las medidas solicitadas por el demandante y su vida privada»; considerando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que sí forma parte de su función «determinar si los demandantes tuvieron en este caso la oportunidad de oponerse a las órdenes de posesión [dictadas en un proceso judicial sumario] sobre la base de que no eran proporcionadas teniendo en cuenta sus circunstancias personales» (*Kay y otros contra el Reino Unido*, STEDH de 29 de septiembre de 2010, § 69).

<sup>54</sup> Todos ellos citados en el Capítulo 2, de la Parte tercera de este trabajo.

contienen (ALEXY) entre las que se cuentan las amparadas por la vivienda. Cuando los derechos amenazados por el lanzamiento son derechos comprendidos en la sección primera del capítulo segundo del título primero (como la vida privada o la integridad física) a la exigencia de ponderación a través del principio de proporcionalidad se añade la exigencia de respeto a la intangibilidad del contenido esencial de tales derechos.

En resumen, los derechos humanos y fundamentales se manifiestan en el proceso de ejecución a través del principio de derecho material y, como concreción de éste, el de proporcionalidad, imponiendo una interpretación de las cláusulas abiertas del art. 703.1 LEC como la exigencia de seleccionar a través de un proceso racional, los medios de ejecución menos lesivos de entre aquellos jurídicamente admisibles y fácticamente posibles. El momento procesal que abre el plazo de garantía, aunque marcado por la relevancia otorgada a la conducta de cooperación del ejecutado (que justifica, por sí sola, la existencia de esta fase procesal) permite (pero, en ocasiones, exige) que el tribunal ejecutor realice aquellas actuaciones que maximicen las oportunidades de cooperación del ejecutado en la satisfacción del acreedor y, con ello, en la satisfacción del principio de proporcionalidad<sup>55</sup>. En este sentido, puede afirmarse que si durante esta fase el ejecutado coopera (por su propio interés) en el desalojo, protegiendo sus propios derechos fundamentales, el tribunal puede (y debe, por las razones expuestas de eficacia y proporcionalidad) facilitar esta cooperación y cooperar, a su vez, con el ejecutado adoptando con aquellas medidas que favorezcan su conducta de cumplimiento: por ejemplo, poniendo a su alcance recursos (sanitarios, habitacionales, sociales, etc.) que le hagan posible abandonar el inmueble en el tiempo previsto.

---

<sup>55</sup> PÉREZ DEL BLANCO afirma que «el texto de ley no ofrece ningún tipo de cláusula que limite los medios de ejecución que ella misma prevé, dejando una importante parcela de libertad al órgano jurisdiccional para que adopte en cada supuesto los medios que considere más oportunos. Libertad e iniciativa que debe abarcar no tanto las medidas como tales, sino especialmente la concreción, el modo y el momento en el marco de los cuales deben ser aplicadas», situación que para el autor contrasta con lo previsto en la LEC de 1881, al afirmar que «esto se trae a colación precisamente por la regulación contenida en el art. 923 LEC de 1881 en el que se establecía un inciso, concretamente “[...] empleando los medios necesarios al efecto, y que se expresan en los artículos que siguen” que sí limitaba el empleo de los medios de ejecución a los previstos expresamente por la Ley —que eran realmente escasos e insuficientes—» (Pérez del Blanco, Gilberto, *La ejecución no dineraria en la nueva LEC (Condenas de hacer, no hacer y dar)*, Universidad de León, 2001, pág. 36 y nota 63, respectivamente).

### 1.3. Satisfacción del ejecutante

La actividad de desalojo y la actividad judicial de cooperación con el ejecutado, mencionada en el apartado anterior (y que hemos considerado funcional a la defensa de derechos del ocupante del inmueble) desempeña, simultáneamente, una función acorde con tutela efectiva debida al ejecutante: si el ejecutado abandona el inmueble durante el plazo otorgado (a lo que contribuye la cooperación judicial mencionada) el acreedor obtendrá la entrega del inmueble sin ulterior conflicto.

Pero aun más: juunto a los actos de cooperación, durante esta etapa procesal se pueden realizar actos procesales dirigidos específicamente a garantizar la tutela debida al ejecutante cuyo derecho ha sido despachado. En primer lugar, podemos considerar que la actividad cautelar prevista genéricamente en el art. 700 LEC<sup>56</sup> es una actividad procesal de al servicio específico de la efectividad del derecho despachado. En efecto, esta actividad se desarrolla, precisamente, para evitar que la modalidad de ejecución mediante cooperación del ejecutado (o a la espera de su cooperación), al impedir, por su propia naturaleza, el «inmediato cumplimiento» del título, pueda poner en peligro la satisfacción definitiva del acreedor<sup>57</sup>. En segundo lugar, también podemos atribuir una función específicamente satisfactiva del acreedor a aquellas resoluciones y actuaciones materiales desarrolladas por el tribunal para preparar la subsiguiente etapa. Si, en efecto, la pasividad del ejecutado durante esta etapa

---

<sup>56</sup> «Art. 700. *Embargo de garantía y caución sustitutoria.*— Si el requerimiento para hacer, no hacer o entregar cosa distinta de una cantidad de dinero no pudiere tener inmediato cumplimiento, el Secretario judicial, a instancia del ejecutante, podrá acordar las medidas de garantía que resulten adecuadas para asegurar la efectividad de la condena.//Se acordará, en todo caso, cuando el ejecutante lo solicite, el embargo de bienes del ejecutado en cantidad suficiente para asegurar el pago de las eventuales indemnizaciones sustitutorias y las costas de la ejecución. Contra este decreto cabe recurso directo de revisión sin efecto suspensivo ante el Tribunal que dictó la orden general de ejecución//El embargo se alzará si el ejecutado presta caución en cuantía suficiente, fijada por el Secretario judicial al acordar el embargo, en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 529».

<sup>57</sup> Como dice ORTELLS: «la completa realización de la actividad ejecutiva, desde su comienzo hasta su final “con la completa satisfacción del ejecutante” (art. 570) de acuerdo con la ley, requiere tiempo» y, por ello «existe necesidad de unas medidas que eviten la frustración de la ejecución durante el tiempo necesario para que alcance su acto final» (pág. 85).

ha de conducir inexorablemente a la adopción de diferentes medidas sustitución a cargo del tribunal con empleo de la coerción necesaria (mediante la «diligencia de lanzamiento»), el tribunal podrá (y aun deberá, atendiendo al principio de eficacia y a la prohibición de dilaciones indebidas) aprovechar el plazo de garantía para preparar tal ulterior actividad sin esperar a que fracase la actividad de cooperación (evitación de la diligencia de lanzamiento).

Este segundo fundamento de la fase que nos ocupa pone nuevamente en evidencia que estamos ante una fase ejecutiva, es decir, al servicio de la ejecución forzosa y no al servicio de un cumplimiento voluntario (extraprocesal) de la prestación impuesta en la condena (como sí lo estuvo, por ejemplo, el *tempus iudicati* de 20 días contemplado en el art. 548 LEC)<sup>58</sup>; pone asimismo en evidencia la idea de que el tiempo que precede a la diligencia de lanzamiento no es un periodo de suspensión de la actividad ejecutiva. Se debilita de este modo la crítica que en ocasiones recibe esta fase como un tiempo de espera estéril para el acreedor. Es más: una de las críticas que puede hacerse al lanzamiento directo es, precisamente, que al suprimir esta etapa con sus funciones preparatoria y cautelar, aumenta las posibilidades de suspensión de la diligencia de lanzamiento, lo que puede suponer, a la postre, una merma de eficacia y de seguridad jurídica.

---

<sup>58</sup> Es la razón legal que justifica, en línea de principios, la sucesión acumulativa del plazo reconocido por el art. 548 (20 días, *tempus iudicati*) y los contenidos en los arts. 699 (a determinar por el tribunal) y 704 (fijado por ley en un mes prorrogable). En este sentido, SABATER I SABATÉ afirma que cabe «[o bien configurar] la aplicación del plazo de un mes concedido por el artículo 704 al deudor ejecutado y su acumulación, en su caso, al plazo genérico de ejecución de veinte días conforme al artículo 548, o bien configurar el plazo del artículo 704 como especial y, por consiguiente, no acumulable al genérico de veinte días. Sin embargo, el artículo 699, disposición de carácter general en materia de ejecución no dineraria, condiciona el ejercicio del requerimiento en este tipo de ejecuciones a la resolución por la cual se ordena despachar ejecución, cuya efectividad se encuentra condicionada al transcurso del plazo de los veinte días exigidos por el art. 548 como presupuesto procesal que condiciona el inicio de la ejecución forzosa o tutela jurisdiccional ejecutiva. Por ello entendemos que, una vez despachada ejecución conforme a las pautas generales exigidas por el art. 548, se atenderá al específico y preceptivo requerimiento dispuesto para la entrega del bien inmueble en los artículos 699, 703 y 704, con lo cual no se dará superposición de los indicados plazos, sino acumulación y sucesión en el tiempo de ambos» (Sabater i Sabaté, Josep Maria, «Primeros conflictos, problemas y dudas en la ejecución de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil», en *Estudios sobre la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil*, CGPJ-Generalitat de Catalunya, (Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada), s.l., 2003, pág. 284).

#### 1.4. Aplicación del principio de proporcionalidad

En resumen, esta fase, atendida su doble fundamento y función (garantía de los derechos del ejecutado pero también de la satisfacción del ejecutante), puede caracterizarse como una fase al servicio del principio de proporcionalidad que persigue una ejecución efectiva pero, al propio tiempo, pacífica y socialmente admisible<sup>59</sup>.

De considerarlo, en cambio, como se hace con frecuencia y en contra de lo hasta ahora afirmado por nosotros, una fase (o un plazo, si se atiende al aspecto externo de su marco temporal) en exclusivo beneficio del ejecutado, la consecuencia lógica será su valoración como un obstáculo al desarrollo lógico del proceso, una suerte de tiempo muerto, de fase (o plazo) *extra-ordinem*<sup>60</sup> y, en consecuencia, se propugnará, como efectivamente hace parte de la doctrina<sup>61</sup> y corroboran las últimas

<sup>59</sup> Sobre la necesidad de minimizar el uso de la fuerza en los desalojos la Observación General n.º 7 del CDESC de las Naciones Unidas establece entre las garantías para prevenir desalojos forzosos (prohibidos por el Pacto) que «los Estados Partes deberían velar por que se estudien en consulta con los interesados todas las demás posibilidades que permitan evitar o, cuando menos, minimizar la necesidad de recurrir a la fuerza» (§ 13).

<sup>60</sup> De «plazo *sui generis*» lo califica FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (*La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Iurgium, Madrid, 2001, págs. 414 y 415, cit.).

<sup>61</sup> PÉREZ DEL BLANCO afirma que «en el fondo no deja de ser más que un aplazamiento de la aplicación de las medidas de ejecución forzosa, y en el fondo de la eficacia de las resoluciones jurisdiccionales [...]» (Pérez del Blanco, Gilberto, *La ejecución no dineraria...*, 2001, cit., pág. 33). ARANGÜENA FANEGO, por su parte, afirma que «se cohonestan mal con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas [...]» (Arangüena Fanego, Coral, «De la ejecución no dineraria; Disposiciones Generales: artículos 699 y 700», en AA. VV., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 3599); una crítica más velada la formula FERNÁNDEZ-BALLESTEROS cuando afirma que «la LEC no se muestra en exceso impaciente. Concede un nuevo plazo al deudor a pesar de que éste ha tenido ya al menos dos ocasiones para realizar la conducta debida: cuando venció la obligación y cuando se produjo la sentencia de condena que contiene también la orden de que se realice la prestación. A lo que se añade el “plazo de gracia” [diríamos mejor plazo de espera] de 20 días que a todo condenado concede el art. 548», (Fernández Ballesteros, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Iurgium, Madrid, 2001, pág. 414, nota 8). TAPIA FERNÁNDEZ lo considera, en cambio, medida coactiva, pero, aun así «la medida nos parece inútil absolutamente, por cuanto inútil supone alargar una vez más el cumplimiento específico del pertinaz deudor». Esta es, por otra parte, la justificación tradicional del carácter brevísimo e improrrogable de los plazos; GÓMEZ DE LA SERNA justificaba los breves plazos (8, 15 y 20 días) de los arts. 647 y 648 de la LEC de 1855, afirmando que: «tal vez parecerán a alguno cortos los plazos que se señalan para que la finca quede libre. La Comisión los creyó suficientes, teniendo en cuenta que se trata de arrendamientos concluidos y de personas que en cumplimiento de las condiciones explícitas o implícitas del contrato, debían ya haber dejado la finca libre a disposición de su dueño. Si los arrendatarios son a día fijo, la ley pide por el hombre; si son de tiempo indeterminado, ha pasado ya

reformas legislativas, su eliminación o, al menos, su interpretación sumamente restrictiva (acortándolo en la medida de lo posible y restringiendo los supuestos en que puede ser de aplicación). Por el contrario, la concepción que hemos sostenido pone de relieve su carácter plenamente funcional a todos los fines que cumple la ejecución, debiendo por ello ser mantenido y aun potenciado; se sigue igualmente la necesidad de un uso proactivo de dicho plazo, pues, como más adelante detallaremos, que el plazo cumpla su función (tanto de garantía como satisfactiva) depende en gran medida de la actividad desplegada por el órgano jurisdiccional durante su transcurso para favorecer el desalojo voluntario o preparar la actividad posterior de ejecución<sup>62</sup>, lo que, a su vez, dependerá de en muchos casos de los medios y recursos que se pongan por el Estado a disposición de la de Justicia, así como de la cooperación y comunicación que pueda establecerse entre la Administración de Justicia de justicia y otras Administraciones públicas.

## 2. Delimitación temporal de la etapa: el plazo de garantía

### 2.1. Variedad de sistemas de otorgamiento de plazo

En principio, todas las medidas que puedan desarrollarse en esta fase del lanzamiento concurren en un mismo lapso temporal: el denominado

---

antes de entablar la demanda el término que para cada uno previene el derecho, y han transcurrido además los días empleados en las gestiones extrajudiciales y en el juicio: reunidos todos estos términos y dilaciones, no se calificará el precepto de duro, como al primer golpe de vista y sin meditación bastante pudiera parecer» (Gómez Gómez de la Serna, *Pedro, Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1857, págs. 136 a 139).

<sup>62</sup> Afirma la posibilidad de un uso proactivo del plazo de garantía, PÉREZ DEL BLANCO, quien afirma que «se ha de poner en relación la concesión del plazo con el uso de las medidas indirectas o coactivas de ejecución, es decir, para que éstas tengan efectividad en el caso de que el órgano jurisdiccional amenace al deudor con utilizarlas si no cumple, es necesario que una vez realizado el aviso (que se producirá en ese requerimiento) se otorgue un cierto lapso temporal para que el deudor compelido cumpla y, en caso concreto, se proceda ya a la ejecución forzosa de la sentencia, con la ejecución así mismo de las medidas de coacción con las que se acompañó el requerimiento a cumplir [...] que no se otorgue por otorgarse sino que tenga como finalidad lograr la eficacia de la sentencia. Por eso ha de entenderse encajado en un procedimiento en el que, ese lapso temporal, puede jugar un papel fundamental en la consecución de la ejecución de lo previsto en el fallo de un modo más rápido que el de acudir directamente a la ejecución forzosa; aunque tampoco debemos olvidar que se trata de un tiempo que viene a aumentar la morosidad del deudor, y por tanto, se ha de ser excepcionalmente preciso en todo lo referente a su concesión y a la duración del mismo» (*ibidem*, págs. 33 y 34).



tradicionalmente plazo de gracia o humanidad<sup>63</sup> y al que hemos preferido denominar, atendidas las funciones peculiares que cumple (en relación con los derechos fundamentales del ocupante, sin perjuicio de que deba cumplir simultáneamente otras funciones propias de la ejecución, esto es, la satisfacción del ejecutante), plazo de garantía.

Si bien el objeto de nuestro trabajo se circunscribe a la entrega de bienes inmuebles que constituyan la vivienda de quien los ocupa, lo que nos lleva a un plazo de garantía especial (art. 704.1 LEC) es conveniente, para mejor delimitarlo, abordar el plazo para el desalojo o plazo de garantía en el contexto de las diferentes modalidades de entregas de bienes que regula la LEC.

El otorgamiento de un plazo durante el cual procurar la cooperación del ejecutado en la entrega de los bienes determinados objeto de la condena está reconocido en dos diferentes normas de la LEC: el art. 699 LEC, aplicable, en general, a toda ejecución no dineraria (incluida la entrega de bienes inmuebles determinados)<sup>64</sup>, y el art. 704.1 LEC, aplicable exclusivamente a la entrega de aquellos inmuebles que constituyan la vivienda habitual de sus ocupantes. No cabe duda de que el art. 704 LEC contiene una norma especial frente a la contenida en el art. 699 LEC y que, por ello, debe prevalecer el lapso temporal que establece (un mes, prorrogable por otro más) sobre el que señala la primera (un plazo, indeterminado, que corresponde fijar al tribunal).

Más confusa es la cuestión de si el plazo a que alude el art. 699 LEC es aplicable a la entrega de inmuebles distintos de aquellos que constituyen la vivienda habitual de sus ocupantes<sup>65</sup>; dicho de otro modo, si el art. 699 sólo es aplicable

---

<sup>63</sup> Según se atienda a la motivación subjetiva del legislador o a su exigencia en atención a los Derechos fundamentales. El término «plazo de humanidad» se emplea todavía con relativa frecuencia. Vid. ARANGÜENA FANEGO, Coral, «De la ejecución no dineraria; Disposiciones Generales: artículos 699 y 700», en AA. VV., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 3653.

<sup>64</sup> El artículo 699 LEC es aplicable a toda ejecución no dineraria sin hacer salvedad alguna para las obligaciones de dar: «Cuando el título ejecutivo contuviere condena u obligación de hacer o no hacer o de entregar cosa distinta a una cantidad de dinero [...]».

<sup>65</sup> Para PÉREZ DEL BLANCO se trata de un vacío normativo pero no de una laguna al contener el art. 699 una norma general: «el principal vacío que se produce es el establecimiento del plazo de

al cumplimiento de obligaciones de dar bienes muebles, hacer o no hacer, pero no a las obligaciones de dar bienes inmuebles, a las que sólo se otorgaría plazo en el supuesto y con el alcance contemplado por el art. 704.1 LEC, pero no se otorgaría plazo alguno para el desalojo de inmuebles que no fuera vivienda de sus ocupantes. Para resolver esta segunda cuestión, cabe apreciar, en primer lugar, que el plazo regulado en el art. 704 LEC, como regla especial, sólo es excepción al plazo general del art. 699 LEC en el supuesto específico que contempla (vivienda habitual)<sup>66</sup>: toda norma especial presupone la general y no la excluye para

---

desalojo en el caso de que el inmueble no sea la vivienda habitual del condenado —porque, como se ha visto, en el caso de terceros ocupantes nada se dice debiéndose intuir la necesidad del plazo—. En este punto parece que lo lógico hubiera sido la previsión de alguna medida al respecto, si bien no sería propia de la tendencia general de la LEC vigente una normativa tan exhaustiva como la contenida en la LEC de 1881, quizás más propia de los tiempos en que se promulgó este texto legal. Lo más correcto en este punto hubiese sido la habilitación expresa al órgano jurisdiccional para establecer el plazo en el que debe producir el desalojo, que es lo que por otra parte sucede con el resto de condenas. Junto con esa posibilidad se deberían ofrecer los criterios a seguir, con alguna cláusula que aludiera a la situación del inmueble, a su utilización, o a las circunstancias personales del ocupante. Pero a pesar de que no exista norma expresa que regule la casuística del lanzamiento, ni siquiera con el otorgamiento al órgano jurisdiccional de la capacidad de “decir” algo al respecto, la adaptación del desalojo a las circunstancias fácticas del inmueble y sobre todo de su ocupante puede realizarse sobre una cierta base normativa. Así cabe aplicar el art. 699 LEC precepto que, se debe recordar, es de aplicación general a toda ejecución no dineraria, lo que incluye por supuesto la ejecución de condenas de “dar” cosa inmueble. En este precepto se establece que el órgano jurisdiccional ha de señalar el plazo que “estime adecuado” para que el ejecutado cumpla la obligación contenida en el título de ejecución. Este plazo, como se ha visto, en el caso de las condenas de “dar” un inmueble es reemplazado por el plazo otorgado al condenado para abandonar el inmueble que utiliza como vivienda habitual. Por ello dado que el otorgamiento de un plazo para el desalojo se equipara al plazo del art. 699 LEC lo lógico es que sea el órgano jurisdiccional el que en cada caso establezca un “plazo de espera” adecuado a las circunstancias antes de proceder al desalojo forzoso. Además esto viene refrendado porque el legislador sí percibe —quedándose corto en esta percepción— la necesidad del otorgamiento del plazo en el supuesto reflejado en el art. 704.1 LEC. No viéndose por otra parte ninguna razón para la aplicación teleológica de la previsión de este precepto a la concesión de plazos en la entrega de inmuebles de otras características y en otras circunstancias» (Pérez del Blanco, Gilberto, *La ejecución no dineraria...*, 2001, *cit.*, pág. 143).

<sup>66</sup> Según ORTELLS RAMOS: «la disposición del art. 704.1 no es contraria a la aplicación de la regla general. Su carácter de regla especial —cuyo alcance y contenido examinaremos después— precisamente presupone una regla general, cuya aplicación requiere excluirse en determinado supuesto. Tampoco la referencia al plazo para retirar las cosas que no sean objeto del título (art. 703.1, párrafo segundo) contradice la aplicación de la regla general, sino que puede considerarse una aplicación de la misma —un acto que debe realizar el ejecutado para el cumplimiento del título: dejar el inmueble libre de objetos de cuya retirada no debe hacerse cargo el ejecutante—» (Ortells Ramos, Manuel, *La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, La Ley, Madrid, 2005, págs. 157 y 158). Del mismo parecer, GAVILÁN LÓPEZ, para quien fuera del caso de lanzamiento de vivienda que tiene señalado plazo de un mes «en los restantes supuestos se aplicará el plazo que se fije según el arbitrio del Juez, que puede, en consecuencia, ser mayor o menor que el anterior y admite igualmente prórroga, en función de las circunstancias concurrentes, dentro de los límites de las medidas conminatorias a

supuestos distintos de los expresamente previstos en ella<sup>67</sup>. No obstante, se puede todavía plantear si la regla general contenida en el art. 699 LEC queda excluida, para todo lanzamiento de inmuebles que no sean vivienda habitual, no ya por el art. 704.1 LEC sino por el art. 703 LEC, cuyo apartado primero emplea la locución adverbial «de inmediato» para referirse a la adopción de medidas de ejecución para la entrega de bienes inmuebles; tal exigencia inmediatez eliminaría, según algunos autores, la posibilidad de otorgamiento de plazo pues éste implicaría una dilación contraria a la premura que la norma impone<sup>68</sup>. De ser acertado el anterior análisis y excluir el art. 703.1 LEC el plazo general del art. 699 LEC, el plazo contemplado en el art. 704 se mostraría no sólo como un plazo especial (respecto al regulado en el art. 699) sino también extraordinario o privilegiado (habida cuenta de la exclusión que se atribuye al art. 703.1 LEC): un privilegio para los ocupantes de vivienda en atención a los derechos fundamentales

---

que nos referimos con anterioridad» (GAVILÁN LÓPEZ, Jesús, «La ejecución no dineraria», 2003, cit., pág. 288). También FRAGAMANDIÁN, tras exponer la indeterminación legal entre una y otra solución, opta por la inexistencia de plazo cerrado para el lanzamiento fuera del supuesto del art. 704.1 LEC (Fraga Madián, Antonio, «Comentarios al Libro III, Título IV: De la ejecución no dineraria», en AA. VV., *Enjuiciamiento Civil (Comentarios y Jurisprudencia. Ley 1/2000, de 7 de enero)*, T. III, Sepin, Madrid, 2008, págs. 4112 y 4113).

<sup>67</sup> DE LA OLIVA SANTOS afirma que «este plazo, que, en terminología clásica, podría llamarse “de humanidad”, sustituye —*lex specialis derogat legem generalem*— al plazo judicial previsto en el art. 699 LEC. La fecha del “lanzamiento” se determinará en la resolución inicial (a nuestro entender, el auto que despache ejecución) o en la que acuerde el segundo mes de prórroga, si ésta se concede» (De la Oliva Santos, Andrés, en AA.VV., *Derecho procesal civil. Ejecución Forzosa. Procesos especiales*, CERA, Madrid, 2000, pág. 322); ORTELLS RAMOS, considera que el plazo es discrecional con excepción del señalado para el ocupante de vivienda en el art. 704.1 LEC (vid. Ortells Ramos, Manuel, «ejecución de prestaciones no dinerarias», en AA. VV. (Esther González Pillado y María José Carrazoni Fuertes, coords.), *III jornadas sobre la nueva ley de enjuiciamiento civil. La ejecución.*, Ilustre Colegio de Procuradores de Vigo, 2003, pág. 323).

<sup>68</sup> Para ARROYO GARCÍA, «por regla general, y salvo supuestos especiales, así artículos 703.1.II y 704, el cumplimiento se llevará a efecto de inmediato, sin otorgar plazo para el cumplimiento al que se refiere el artículo 699 y, por lo tanto, en el propio auto despachando ejecución se acordará librar los correspondientes mandamientos, así como la entrega de la posesión, e incluso el lanzamiento, siempre que no nos encontremos en las excepciones de los artículos 703.1.II y 704 ya citados» (Arroyo García, Sagrario, «Comentario a los arts. 517 a 720» en AA. VV. (Suarez Robledano, coord.), *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, Tomo III*, DIJUSA, Madrid, 2003, pág. 2.248). En el mismo sentido GARBERÍ LLOBREGAT, al comentar el art. 703 afirma que «en atención a los términos “de inmediato” que emplea la norma, cabe dudar de que resulte aplicable el previo requerimiento judicial de cumplimiento voluntario de la obligación a que se refiere el art. 699 LEC, y ello incluso pese al carácter general que ostenta este último precepto» (Garberí Llobregat, José, *El proceso de ejecución forzosa en la Nueva LEC*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 953). También en este sentido, NADAL GÓMEZ, Irene, en AA. VV., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Aranzadi Editorial, Pamplona, 2001, pág. 589.

implicados, mientras que los demás ocupantes de inmuebles no dispondrían de plazo alguno<sup>69</sup>. La interpretación expuesta no carece de lógica pues manifestaría un trato de favor para los ocupantes de vivienda en atención a los derechos fundamentales que les amparan.

Por nuestra parte, sostenemos otra interpretación: la que entiende que la locución «de inmediato» contenida en el art. 703.1 LEC alude a la adopción de las medidas ejecutivas apropiadas («lo que proceda según el contenido de la condena»)<sup>70</sup>,

---

<sup>69</sup> CARBALLO PIÑEIRO considera «razonable la previsión de la LEC de 2000, que se limita a establecer un plazo cuando el lanzamiento afecta a una vivienda. Cuando se trata de otro tipo de ocupación, no se ha de establecer plazo ya que los ocupantes han tenido conocimiento suficiente de la causa del desalojo, así como del hecho mismo de su producción. No se afecta en este caso a un derecho básico que permita invocar la necesidad de plazo de desalojo. Por lo mismo es afortunada la posibilidad de ampliación del plazo de desalojo previsto en el art. 704.1 LEC 2000: el motivo fundado debe derivar de las graves dificultades personales en hallar otra vivienda y que deben llevar al juez a solicitar en su caso, la cooperación de la Administración» (Carballo Piñeiro, Laura, *Ejecución de condenas de dar*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, págs. 330 y 331).

<sup>70</sup> En el mismo sentido, ORTELLS RAMOS, para quien «es dudoso si procede fijar plazo para cumplimiento en ejecución de condena, obligación o deber de entregar cosas inmuebles. La duda no se plantea, obviamente, en el caso de que el inmueble constituya vivienda habitual del ejecutado, porque para el mismo rige la norma especial del art. 704. La duda surge en el supuesto general de entrega de inmuebles, porque el art. 703.1 dispone que “el tribunal ordenará de inmediato lo que proceda” y, a continuación, sólo se refiere a un plazo —legal, no discrecional del juez— para la retirada del inmueble de las cosas que no sean objeto del título. A mi juicio, que el tribunal deba ordenar de inmediato lo que proceda según el contenido de la condena, no excluye que pueda conceder un plazo para que el condenado cumpla lo ordenado. En consecuencia, cabría concordar el art. 699 con el art. 703.1, y el requerimiento fijando plazo, previsto en el primer artículo, deberá también ser acordado en el caso del segundo artículo» (Ortells Ramos, Manuel, *La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, La Ley, Madrid, 2005, pág. 80). En el mismo sentido, ARANGÜENA FANEGO, para quien, «tal y como está redactado el precepto que comentamos en su apartado primero, donde se emplea el adverbio inmediatamente para precisar el momento de la entrega, pudiera parecer que parte de la inexistencia de concesión de plazo alguno para verificarla. Sin embargo, no podemos olvidar que el precedente artículo 699 en cuanto disposición general común a todo tipo de ejecuciones no dinerarias, determina sin excepción alguna la fijación de plazo judicial para que el ejecutado cumpla en sus propios términos lo que establezca el título ejecutivo. En consecuencia, sólo transcurrido el plazo marcado por el Tribunal para la entrega, e incumplido el requerimiento que se le habrá cursado en este sentido, con los apremios que fueren pertinentes, podrá procederse a realizarla en los términos marcados por el precepto» (Arangüena Fanego, Coral, págs. 3643 y 3644). También de este parecer, SALINAS MOLINA opina que «no debe interpretarse la frase “el tribunal ordenará de inmediato lo que proceda según el contenido de la condena” establecida en el comentado art. 703.1.I LEC en el sentido de que derogue la regla general contenida en el art. 699. I LEC que, en todas las ejecuciones no dinerarias, obliga a que en el requerimiento u orden de cumplimiento de la correspondiente obligación decretada judicialmente se contenga un plazo para que dentro del mismo pueda realizarla el ejecutado en sus propios términos, pues no tendría sentido exigir tal plazo para facilitar la entrega de bienes muebles y negarla para la de los inmuebles, cuyo desalojo previo a la entrega, aun voluntario y diligente, puede requerir normalmente un cierto tiempo. Esta

siendo así que entre estas medidas se cuenta, precisamente, la de otorgamiento de un plazo (como contempla, con carácter general para cualquier supuesto de entrega de bienes muebles o inmuebles, el art. 699 LEC)<sup>71</sup>. De este modo, si lo procedente es, atendidas las circunstancias del caso, el otorgamiento de un plazo (como exigencia del principio de proporcionalidad, pero también como exigencia de la propia satisfacción del acreedor como hemos afirmado al determinar la función y naturaleza ejecutiva del plazo), no creemos que exista obstáculo legal para ello. Por otra parte, sería absurdo que para el cumplimiento de la obligación de entrega de un bien inmueble no se otorgase plazo alguno (salvo en el caso de ser este inmueble la vivienda del demandado) y se otorgase, en cambio, para todos los demás supuestos de prestaciones no dinerarias. En este sentido, la expresión empleada respondería únicamente a la exigencia de evitar tiempos muertos en la tramitación procesal; sería una concreta manifestación del principio de eficacia y del carácter reglado de la ejecución: el tribunal no debe esperar, por ejemplo, a la postulación por el ejecutante de medidas concretas de ejecución, sino que debe adoptar, sin demora, las que crea convenientes según se deriven «del contenido

---

referencia a “el tribunal hará de inmediato” debe entenderse en el sentido de que el órgano judicial ejecutor debe proveer sin dilación ni tardanza todas aquellas medidas procedentes según el contenido de la condena y sobre los actos preparatorios para el desalojo, debiendo entenderse que, como regla, no debería concederse con una extensión superior a la de un mes, prorrogable por otro, que es la prevista legalmente para el singular supuesto de que el inmueble cuya posesión se deba entregar constituya la vivienda habitual del ejecutado o de quienes de él dependen (art. 704.1.I LEC)» (Salinas Molina, Fernando, «Ejecución por obligaciones de entrega de bienes inmuebles», en AA.VV., *El Proceso Civil. Tomo VII*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, edición *digital en Internet*, apartado 952). Asimismo, DORADO PICÓN, pues «lo que indica el artículo es que de inmediato deban practicarse las diligencias necesarias para llevar a cabo la ejecución, como el establecimiento del plazo de desalojo voluntario, el libramiento del correspondiente mandamiento al Registro de la Propiedad para adecuarlo al título ejecutivo, la entrega de la posesión si el inmueble está desocupado, la notificación del despacho de la ejecución a los terceros ocupantes del inmueble, si es que ya constan, conforme determina el apartado cuarto del art. 703 [...] así como cualesquiera otras diligencias tendentes a dar cumplimiento a la sentencia o resolución judicial que se ejecute» (DORADO PICÓN, Domingo, «La ejecución no dineraria», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, núm. 1, 2002, pag. 351).

<sup>71</sup> Sobre la debilidad del argumento amparado en la expresión «inmediatamente» señala ORTELLS RAMOS que «el principal argumento —la base literal que ofrece el art. 703.1 para excluir la aplicación de la regla general— es demasiado débil. La expresión del art. 703.1, párrafo primero, resulta ambigua, porque “ordenar inmediatamente lo que proceda según el contenido de la condena”, tanto puede significar ordenar, de ese modo inmediato, el requerimiento de cumplimiento dentro de un plazo que se señale, como la inmediata realización de actividades ejecutivas de puesta en posesión [...] estimo que el art. 699 es aplicable en el caso de títulos que establezca la entrega de bienes inmuebles, con la especialidad del art. 704.1» (*La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, La Ley, Madrid, 2005, pág. 157).

de la condena»<sup>72</sup>, pero incluyendo entre ellas el otorgamiento de un plazo de espera o garantía cuando tal medida sea la procedente (o venga exigida legalmente). La interpretación que damos al término «de inmediato», asumible desde un punto de vista lingüístico y teleológico, está igualmente amparada, por argumentos de orden sistemático. En efecto, el término «de inmediato» resulta empleado, también con referencia al lanzamiento, en el art. 675.2 LEC; este artículo regula el derecho del adjudicatario a solicitar que se le entregue el inmueble que ha adquirido en una subasta judicial cuando esté ocupado por un sujeto distinto de que fuera ejecutado en el proceso de ejecución dineraria del que trae causa la subasta, es decir, por un tercero en dicho proceso que carezca de título suficiente. Según el art. 675.2 LEC, cuando la posición del ocupante (su título posesorio) no hubiera sido resuelta en la fase previa de embargo (el incidente declarativo previsto en el art. 661 LEC, ubicado en sede de preparación de la subasta) se debe acudir al desarrollo de un incidente contradictorio una vez solicitada la entrega del inmueble. Pero si la posición del ocupante ya hubiera sido determinada antes de la subasta (mediante el citado incidente, regulado en el art. 661 LEC), el lanzamiento, se afirma, procederá «de inmediato»<sup>73</sup>, lo que en este

---

<sup>72</sup> Para SALCEDO BELTRÁN, «no debe interpretarse la frase “el tribunal ordenará de inmediato lo que proceda según el contenido de la condena” establecida en el comentado art. 703.1.I LEC en el sentido de que derogue la regla general contenida en el art. 699.I LEC que, en todas las ejecuciones no dinerarias, obliga a que en el requerimiento u orden de cumplimiento de la correspondiente obligación decretada judicialmente se contenga un plazo para que dentro del mismo pueda realizarla el ejecutado en sus propios términos, pues no tendría sentido exigir tal plazo para facilitar la entrega de bienes muebles y negarla para la de los inmuebles, cuyo desalojo previo a la entrega, aun voluntario y diligente, puede requerir normalmente un cierto tiempo. Esta referencia a que “el tribunal ordenará de inmediato” debe entenderse en el sentido de que el órgano judicial ejecutor debe proveer sin dilación ni tardanza todas aquellas medidas procedentes según el contenido de la condena y sobre los actos preparatorios del desalojo incluido el requerimiento de desalojo, mas sin exigencia de acordar el lanzamiento sin plazo previo para facilitar el desalojo. Además, esta previsión legal debe servir de criterio al órgano judicial para no fijar un amplio plazo para el desalojo, debiendo entenderse que, como regla, no debería concederse con una extensión superior a la de un mes, prorrogable por otro, que es la prevista legalmente para el singular supuesto de que el inmueble cuya posesión se deba entregar constituya la vivienda habitual del ejecutado o de quienes de él dependen (art. 704.1.I LEC)» (Salcedo Beltrán, «Ejecución por obligación de entrega de bienes inmuebles» (drop\_1506, apartado 952), en AA.VV., *El Proceso Civil*, Tomo VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, edición en Internet).

<sup>73</sup> No obstante, también se ha interpretado esta norma como prescripción de ausencia de plazo. Es el parecer de GONZÁLEZ PILLADO y CANDAL JARRÍN cuando afirman que «si el auto resuelve que los ocupante no tienen derecho alguno de posesión, de hecho o de derecho, en la propia resolución se dispondrá que se lleve a cabo el lanzamiento de forma inmediata» (González Pillado, Esther y Candal Jarrín, María José, «Un apunte sobre la subasta judicial de bienes inmuebles», en AA. VV. (González Pillado, Esther y Carrazoni Fuertes, María José, coordinadoras), *III Jornadas sobre la*

contexto quiere decir, obviamente, «sin necesidad de desarrollo del incidente regulado en el art. 661 LEC» pero no implica que se pueda prescindir de otras normas reguladoras del lanzamiento, incluida la que establece el otorgamiento de un plazo para la entrega del inmueble (art. 699 LEC)<sup>74</sup>.

---

*Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. La ejecución*, Ilustre Colegio de Procuradores de Vigo, págs. 195- 235 y pág. 234).

<sup>74</sup> La misma ambivalencia y falta de claridad la encontramos en los antecedentes históricos del lanzamiento. La LEC de 1855 cuando se trataba del desahucio de «casa de habitación», «establecimiento mercantil o de tráfico» o de «hacienda, alquería, cortijo u otra cualquiera finca rústica que tenga caserío, y en la cual haya constantemente guardas, capataces u otros sirvientes» determinaba que «el Juez declarará inmediatamente haber lugar al desahucio, apercibiendo de lanzamiento al demandado si no desaloja la finca dentro de los términos», términos que eran de ocho, quince y veinte días, respectivamente a los inmuebles citados (art. 646 y 647 LEC 1855). Nótese como se emplea el adverbio de tiempo: lo que procede *inmediatamente* es la resolución, pues el lanzamiento se demoraba hasta el agotamiento del plazo. En cambio, cuando «el desahucio se hace de una finca rústica que no tenga ninguna de las circunstancias espresadas en el último párrafo del artículo anterior», el lanzamiento «se decretará en el acto» (art. 648) y nótese que lo que se hace ahora «en el acto» no es ya la resolución, el decreto, sino el lanzamiento mismo, pues que en ello consiste la diferencia con el caso previo que el legislador trata de destacar: «en el acto» es lo opuesto a «tras un plazo» pero «inmediatamente» sólo significa ordenar sin demora lo que proceda (en su caso el plazo). La LEC de 1881 mantuvo una concepción parecida estableciendo que tratándose de «una casa-habitación, y que habiten, con efecto, el demandado o su familia», un «establecimiento mercantil, fabril, de tráfico o de recreo» o «una hacienda, alquería, cortijo u otra cualquiera finca rústica que tenga caserío, y en la cual haya constantemente guardas, capataces u otros sirvientes» el Juez «aperciba de lanzamiento al demandado si no desaloja la finca en los términos [...]» de ocho, quince y veinte días respectivamente (art. 1696 LEC de 1881), mientras que «si el desahucio se hiciere de una finca rústica que no tuviere ninguna de las circunstancias expresadas en el último párrafo del artículo anterior, o de una casa no habitada por el demandado o su familia», el lanzamiento entonces «se llevará a efecto en el acto». Aunque la LEC de 1881 prescinde del empleo del controvertido adverbio en relación con el lanzamiento no lo hace en los artículos generales relativos a la entrega de bienes (art. 926 LEC/1881) que señalaban que «se procederá *inmediatamente* a ponerle en posesión del mismo»; inmediatez referida claramente a la puesta en posesión, lo que, siguiendo a CORDÓN MORENO, «significa que no es necesario el previo requerimiento al ejecutado, ni tampoco la concesión de plazo alguno para la entrega de la posesión, aunque la jurisprudencia a veces, en una práctica *contra legem*, concede un plazo para el lanzamiento, aplicando analógicamente las normas de ejecución de los juicios de desahucio» (Cordón Moreno, *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, voz «ejecución de condenas no pecuniarias»; MONTERO AROCA, interpretando esta norma (926 LEC/1881), destaca «el adverbio de tiempo inmediatamente, pues supone que el juez no puede conceder plazo alguno al ejecutado para que entregue la cosa, y ello a pesar de cierta práctica en nuestros juzgados. Esta práctica se refiere, principalmente, a que si la entrega exige el lanzamiento del ejecutado del inmueble suelen aplicarse analógicamente las normas de la ejecución de las sentencias de desahucio, y con ellas el art. 1596 LEC que sí hace referencia a plazos. Ahora bien, si es cierto que el lanzamiento puede utilizarse en la ejecución de sentencias de dar, no lo es menos que no cabe aplicar el conjunto de los arts. 1595 a 1608» (Montero Aroca, 1995, pág. 511). En el mismo sentido TAPIA FERNÁNDEZ, op. cit., págs. 147 y 148. Precisamente, sería para evitar esta práctica «viciosa» de otorgar un plazo para el lanzamiento (fuera de los supuestos previstos expresamente en la ley: la vivienda habitual ex art. 704.1 LEC/2000) que la LEC de 2000 acoge la expresión citada: «el adverbio “inmediatamente” intercalado en el art. 926.I LEC implica negar la procedencia de la concesión de un plazo de entrega, frente a la práctica seguida antes de la publicación de la Ley de 1881. La ausencia de un precepto que, de forma

Hay que reconocer, sin embargo, que este argumento tampoco es concluyente pues una tercera forma de empleo de la locución «de inmediato» en el párrafo segundo del art. 704.1 LEC parece apuntar, ahora sí, a la supresión de todo plazo (aunque, precisamente, por haber transcurrido ya un plazo previo). Según esta norma, transcurrido el plazo (de garantía) otorgado al ocupante de vivienda habitual para el desalojo, y transcurrida también la prórroga que hubiera podido otorgarse, se procederá «de inmediato al lanzamiento» siendo indudable que en este supuesto lo que se quiere decir es que ya no procede el otorgamiento de un nuevo plazo (recién transcurrido).

## *2.2. Peculiaridades del plazo de garantía según los arts. 699 y 703.1 LEC*

### *2.2.1. Otorgamiento del plazo*

El art. 699 LEC atribuye al juez, como contenido del auto despachando ejecución, la formulación el requerimiento de desalojo y el otorgamiento del plazo para cumplirlo (estrictamente hablando, es un contenido propio de la orden general de ejecución, en cuanto encargada de concretar el ámbito o marco de la misma: marco subjetivo y objetivo, esencialmente, pero, en ocasiones, como sería este caso, también el funcional: el «contenido de la ejecución» de que habla el art. 551.2.4.º LEC, siendo así que el plazo de garantía concreta tal contenido). Podría pensarse, por tanto, que el requerimiento de desalojo y el otorgamiento del plazo para cumplirlo corresponde realizarlos al propio juez también en los casos de entrega de inmuebles y que al secretario corresponderá, en cambio, determinar (tras el despacho) las restantes medidas propias de esta fase (a las que nos referiremos más adelante). Es coherente lo expuesto con la reforma del art. 703.1 LEC por la ley 13/2009, de 3 de noviembre, pues expresamente se atribuye al secretario judicial la resolución sobre las medidas de ejecución procedentes para

---

específica, regulase la ejecución de dar cosa determinada en la ley de 1855 favoreció que recibiera el tratamiento reservado a las condenas de hacer. En consecuencia, el juez ordenaba la práctica de un requerimiento al ejecutado para que entregase voluntariamente la cosa en el plazo fijado [...] La jurisprudencia ha continuado la práctica de fijar un plazo para la entrega de la cosa; práctica que ha sido criticada a tenor del expreso mandato legal. Pero, en la mayoría de los casos, la concesión del plazo se produce en el marco de la ejecución de entrega de inmueble, por analogía con las reglas procesales en materia de desahucio [...]» (Carballo Piñeiro, Laura, *Ejecución de condenas de dar*, 2001, cit., pág. 310 y 311).



dar cumplimiento al título, en perfecta armonía con la nueva redacción también dada al art. 551.3 LEC que atribuye al secretario judicial el decreto conteniendo las medidas de concreción de la ejecución despachada, aclarando así la regulación anterior que atribuía dichas medidas al tribunal genéricamente considerado.

Sin embargo, la LEC no atribuye sistemáticamente al juez la fijación de plazo para el cumplimiento de las prestaciones no dinerarias. En las normas de ejecución forzosa de obligaciones de hacer personalísimo el otorgamiento de plazo lo realiza el propio juez en el auto despachando ejecución —hay que entender que en la orden general de ejecución como contenido de tal auto— (art. 709.1 LEC que se remite expresamente a la norma genérica del art. 699 LEC); en cambio, para la ejecución forzosa de obligaciones de no hacer la LEC hace referencia expresa al señalamiento del plazo por el secretario judicial (art. 706.1 LEC). Esto último también se establece en el art. 704.1 LEC al tratar del otorgamiento de plazo al ocupante de vivienda: resulta atribuido al secretario judicial. En el caso genérico de entrega de bienes inmuebles que regulado por el art. 703.1 la referencia a la actuación del secretario conlleva igualmente, en nuestra opinión, la atribución implícita tanto de la función de formular el requerimiento de desalojo como de la función de determinar la necesidad de plazo y, en su caso, determinar su duración. En este sentido, el otorgamiento de plazo por el secretario adquiere, unido al requerimiento de abandono, el carácter propio de medida de concreción ejecutiva (es una medida de coerción indirecta) que, como tal, corresponde al secretario.

### 2.2.2. Duración del plazo

Como señala MONTERO, en el régimen del art. 699 LEC «no existe referencia a plazo [específico] alguno para practicarse “lo que proceda”»<sup>75</sup>, por lo que corresponde al órgano jurisdiccional determinar su duración<sup>76</sup>. Para determinar la

---

<sup>75</sup> MONTERO AROCA, Juan Y FLORS MATÍES, José, *Tratado del proceso de ejecución civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, tomo II, 2004, pág. 2014.

<sup>76</sup> También en este sentido, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS afirma que «como ya sucede en nuestra práctica, el Juez fijará, a su arbitrio, un plazo prudencial que esté en consonancia con la naturaleza de la prestación a que condena la sentencia y las dificultades de su ejecución. Se trata en todo caso de un plazo *sui generis*, al que no son aplicables las normas generales de la LEC; y debería ser, como regla, improrrogable, a no ser que, a criterio del Juez, de su prórroga dependiera el éxito de

duración del plazo genérico contemplado en el art. 699 el tribunal debe ponderar, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tanto las condiciones del ejecutado y quienes de él dependen (tratándose de una empresa: posible pérdida de puestos de trabajo, disrupción irrecuperable en una actividad productiva...), como las del ejecutante (necesidad urgente del inmueble para sus propios intereses, riesgos o gastos derivados de la demora, etc.) en atención, a su vez, al contexto socioeconómico presente (la posibilidad o expectativas, derivadas de las condiciones de mercado, las posibilidades de encontrar otro establecimiento o local alternativo en un tiempo razonable o, en todo caso, con una espera no superior a la que se produciría de proceder de modo coercitivo) y determinar aquel plazo que suponga una garantía equilibrada para ambas partes<sup>77</sup>. ORTELLS opina, en cambio, que dicho plazo debe ser brevísimo, considerándolo improrrogable<sup>78</sup> y FERNÁNDEZ BALLESTEROS que incluso puede llegar a ser suprimido cuando las circunstancias lo aconsejen<sup>79</sup>. Algún autor, como GAVILÁN LÓPEZ<sup>80</sup>, admite su

---

la ejecución (al menos hasta ahora, la prórroga del plazo se concedía con frecuencia)» (Fernández-Ballesteros López, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Iurgium, Madrid, 2001, págs. 414 y 415).

<sup>77</sup> CARBALLO PIÑEIRO considera el requerimiento a que alude el art. 699 LEC «una disposición oportuna, aunque debe quedar debidamente matizada en cada una de las regulaciones específicas de las diferentes modalidades de ejecución no dineraria, pues, es preciso destacar que para la ejecución de condenas de dar no siempre es conveniente el requerimiento inicial, siendo incluso pernicioso en su desenvolvimiento porque puede favorecer conductas fraudulentas» (Carballo Piñeiro, Laura, *Ejecución de condenas de dar*, 2001, cit., pág. 159).

<sup>78</sup> Afirma ORTELLS que «el plazo de la regla general del art. 699 no tiene una duración legal mínima, por lo que el tribunal puede fijar un plazo brevísimo para el más rápido desarrollo de la ejecución» (pág. 157; vid. también «Ejecución de prestaciones no dinerarias», en AA. VV., (Esther González Pillado y María José Carrazoni Fuertes, Coords.), *III Jornadas sobre la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. La ejecución.*, Ilustre Colegio de Procuradores de Vigo, 2003, pág. 317). En cambio, SAGRARIO GARCÍA (aun cuando no considere aplicable al supuesto de entrega de inmuebles) señala que «el artículo 699 establece en su párrafo primero, lo que procederá es requerir al ejecutado para que cumpla en sus propios términos lo que establece el título ejecutivo, concediéndole el plazo que el Tribunal considere adecuado a tal fin, por lo que se deja al Juez de la ejecución la fijación del mismo, pues el precepto sólo exige que sea adecuado; ahora bien, el empleo este término no puede implicar absoluta discrecionalidad, sino que el Juez deberá fijarlo, con los razonamientos oportunos, atendiendo a las circunstancias concretas del título ejecutivo cuya ejecución se pretende» (Arroyo García, Sagrario, «Comentario a los arts. 517 a 720» en AA. VV. (Suarez Robledano, coord.), *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000...*, 2003, cit., pág. 2232). En este mismo sentido, FRIGOLA RIERA considera que «siendo el supuesto de vivienda habitual el que mayor protección jurídica merece, si el inmueble objeto del desalojo no constituye vivienda habitual el plazo para el desalojo deberá ser inferior (o como mucho igual) al de un mes» (FRIGOLA RIERA, Antoni, «La ejecución no dineraria», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, año 2002, núm. 2, pág. 220).

<sup>79</sup> Afirma FERNÁNDEZ BALLESTEROS que «a pesar del tono imperativo en que está redactado el art. 699 I parece razonable entender que, cuando las circunstancias lo aconsejen (v. g. cuando se

prórroga. En nuestra opinión, la duración del plazo a que alude el art. 699 LEC depende, como decimos, de las circunstancias concurrentes y de la función que el mismo desempeña al servicio de la eficacia y la proporcionalidad, pudiendo ser tan corto (incluida la posibilidad de su supresión) o tan largo (incluida la posibilidad de su prórroga) como tales condiciones requieran. En definitiva, se trata de que la tutela jurisdiccional ejecutiva pueda alcanzarse en un plazo razonable con el menor daño al ejecutado, salvaguardando sus derechos e intereses en la medida de lo razonable.

### *2.3. Peculiaridades del plazo de garantía según el art. 704.1 LEC (entrega de «vivienda habitual»)*

El otorgamiento de plazo para el desalojo de vivienda habitual se halla reglado en el art. 704.1 LEC con tres rasgos esenciales: primero, su otorgamiento es automático y necesario por la simple razón de hallarse ocupada la vivienda y constituir residencia habitual de quienes la ocupan y han de ser desalojados; segundo, su duración ha sido fijada legalmente (un mes prorrogable un segundo) y, tercero, su otorgamiento es atribuido de modo expreso al secretario judicial.

#### *2.3.1. Ámbito de aplicación: concepto de vivienda habitual.*

Conviene recordar que la ocupación de una «vivienda habitual» constituye el supuesto de hecho para el otorgamiento del plazo especial de garantía regulado en

---

condena a un no hacer y el ejecutado sigue quebrantando la condena) el Ejecutor está facultado para ordenar el cumplimiento inmediato de lo que ordena la sentencia, pues a menudo será esto lo más “adecuado” a las circunstancias del caso. Al fin y al cabo, el ejecutado ya se ha beneficiado del “plazo de espera” de veinte días (548), y para el ejecutante puede ser acuciante la obtención de la prestación debida por aquel», *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Iurgium, Madrid, 2001, pág. 414, nota 9).

<sup>80</sup> GAVILÁN LÓPEZ, Jesús, «La ejecución no dineraria», en *La ejecución provisional, la ejecución de títulos extrajudiciales y la ejecución de sentencias de la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Cuadernos de Derecho Judicial n.º XIV-2001, CGPJ, 2003, pág. 288. También, aunque con carácter excepcional, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS quien afirma que «como ya sucede en nuestra práctica, el Juez fijará, a su arbitrio, un plazo prudencial que esté en consonancia con la naturaleza de la prestación a que condena la sentencia y las dificultades de su ejecución. Se trata en todo caso de un plazo *sui generis*, al que no son aplicables las normas generales de la LEC; y debería ser, como regla, improrrogable, a no ser que, a criterio del Juez, de su prórroga dependiera el éxito de la ejecución (al menos hasta ahora, la prórroga del plazo se concedía con frecuencia)» (Fernández-Ballesteros López, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Iurgium, Madrid, 2001, págs. 414 y 415).

el art. 704.1 LEC. En nuestra opinión, la vivienda a la que alude el artículo citado es la vivienda en sentido constitucional: aquel espacio físico que satisface directa e inmediatamente necesidades básicas humanas de protección y aislamiento de quien lo ocupa frente a su entorno, convirtiéndose de este modo en instrumento para la satisfacción de otros bienes básicos como la integridad física, la salud, la vida privada, la vida familiar, y, en general, el libre desarrollo de la personalidad. Vivienda será pues, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, cualquier bien que proporcione, en un momento determinado, el espacio físico con la funcionalidad o beneficios señalados. El bien que proporcione tal espacio será, con preferencia (por la naturaleza de las cosas), un bien inmueble, pero no cabe descartar que determinados bienes muebles puedan cumplir también aquella función (típicamente, barcos y caravanas).

El Derecho a la vivienda está especificado en nuestra Constitución como derecho a una vivienda «digna y adecuada». De estas expresiones puede seguirse que el deber de los poderes públicos de satisfacer la necesidad de vivienda de los ciudadanos se extiende a la calidad de la misma. Pero de ningún modo es admisible que el espacio que ofrece materialmente cobijo, intimidad y seguridad (aun cuando sea en grado mínimo) a una persona o a una familia concreta en un momento determinado deje de ser vivienda (y pierda la protección procesal que como tal merece) por no ser *digna y adecuada*. Estas dos expresiones adjetivan el concepto de vivienda, el cual presuponen. Sería cínico afirmar que quien sólo dispone de una vivienda que no es «digna y adecuada», además de sufrir tal carencia de calidad habitacional, debe perder la protección del valor residual que dicha vivienda (aun sin ser de la calidad exigible) todavía le proporciona. Si bien la ley no debe amparar la construcción de «infraviviendas» (tolerando su puesta en el mercado —de ahí la existencia de normas sobre calidad de la vivienda —) ni fomentar su distribución (otorgando estabilidad —duración mínima— a los arrendamientos referidos a edificaciones «no habitables»), tampoco se puede desconocer que para quien ocupa una infravivienda ésta es, en el momento de la intervención de los poderes públicos (sean judiciales o no) mediante lanzamiento, el espacio que satisface su necesidad de cobijo e intimidad (en el grado que sea) y tal autoridad queda sometida respecto de tales sujetos a la prohibición de

desalojos forzosos, debiendo ampararlo provisionalmente como tal ocupante, salvo que se disponga de una alternativa viable<sup>81</sup>. La única excepción admisible para no otorgar protección a la infravivienda en trance de lanzamiento sería es el supuesto en que por su estado o condiciones su ocupación supusiera un peligro mayor para los bienes jurídicos del ocupante que el que resultaría de su privación (viviendas ruinosas o en situación de riesgo de índole sanitaria, por ejemplo).

El art. 704.1 LEC como parte de la descripción del supuesto de hecho para otorgar el plazo de garantía califica la vivienda como «habitual». Si bien este término, tomado en sentido literal, alude a una cierta frecuencia de uso, esta habitualidad debe entenderse, en nuestra opinión, como el signo externo o visible de la necesidad real del inmueble para el fin que lo califica como vivienda. En efecto, aunque la necesidad de cobijo o protección es siempre única, permanente e indivisible<sup>82</sup>, puede, en cambio, ser satisfecha por diferentes bienes inmuebles sea de modo sucesivo o alternativo. De existir varios inmuebles a disposición del ocupante para cubrir su necesidad de vivienda hay que precisar cuál o cuáles son merecedores de protección. La habitualidad alude, en este sentido, a un signo externo relacionado con la frecuencia o intensidad del uso en cuanto mero indicio que pretende dar una solución práctica y objetiva a la anterior cuestión. Esta norma, que nos parece razonable, impide, por una parte, un exceso de protección (en detrimento del ejecutante) cuando el ocupante dispone de varios inmuebles destinados a cubrir de modo indistinto (diríamos que por razón «de mero gusto») su necesidad de vivienda: se selecciona entonces como objeto de protección el más habitual, aquél con mayor frecuencia de uso. Como ha señalado el TEDH el

---

<sup>81</sup> En este sentido, ORTELLS sostiene que «si un inmueble es inapropiado para su uso como vivienda, pero, a pesar de ello, se le da ese uso, el régimen del art. 704.1 LECiv. es aplicable» («Ejecución de prestaciones no dinerarias», en AA. VV., *III Jornadas sobre la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...*, 2003, cit., pág. 317; también en *La Ejecución de Condenas no dinerarias en la LEC*, 2005, cit., pág. 158); Sobre la necesidad de «estar siendo utilizado como tal y de modo habitual» vid. también ILLESCAS, en Fernández-Ballesteros/Rifá/Valls (Coord.), *Comentarios*, Tomo III, págs. 3171 a 3172 y NADAL, en Cerdón/Armenta/Muerza/Tapia, *Comentarios*, tomo III, pág. 594.

<sup>82</sup> Por lo tanto es imprecisa la expresión «necesidad permanente de vivienda» a que alude la LAU para distinguir el arrendamiento de vivienda (el que satisface la «necesidad permanente de vivienda») del que no lo es. La necesidad de vivienda es siempre permanente, si bien se puede satisfacer por medio de diferentes inmuebles, unos la satisfarán de modo principal o a largo plazo (el inmueble satisfará de modo permanente —en el sentido de una tendencia o propensión— la necesidad de vivienda) y otras de modo ocasional (temporada de verano u otras: curso escolar).

derecho a la vivienda no alcanza a cubrir el tipo de vida que nos gustaría tener. Quien en un momento determinado ocupa una vivienda de modo excepcional u ocasional (para satisfacer una necesidad adicional: de ocio, por ejemplo, como una vivienda de vacaciones o de fin de semana) ni tendrá protección como ocupante de vivienda, ni la necesitará pues podrá volver a la vivienda que destina a satisfacer su necesidad de modo principal y estable (habitual)<sup>83</sup>.

Pero, dada su finalidad limitada, la norma citada no impide que varias viviendas puedan ser objeto de protección simultánea cuando cada una de ellas, dentro de un específico ámbito, protejan aquella necesidad (diremos ahora que por razones imperativas): quien trabaja en dos ciudades de modo habitual y en ambas dispone (porque lo necesita) de alojamiento es obvio que quede protegido en ambas pues con ambas satisface, habitualmente, su necesidad de vivienda y sin alguna de ellas, su necesidad de vivienda queda insatisfecha. Lo mismo ocurre si el demandado se aloja en una de las viviendas y su familia en la otra. Para quien reside en una ciudad por motivos de trabajo o estudio el inmueble que ocupa es su vivienda habitual: en una perspectiva a corto plazo no puede abandonarlo y volver a su lugar de origen sin grave quebranto (perder su trabajo, fracasar en sus estudios...) y ello aunque disponga de otra vivienda en dicho lugar de origen (en la que, por ejemplo, reside su familia). La regulación de arrendamientos urbanos no es del todo ajena a la noción expuesta y, en nuestra opinión, asume esta perspectiva de protección sustancial cuando admite que basta que la vivienda esté ocupada por la familia del arrendador para poder adscribirla al régimen especial del arrendamiento de vivienda (que, como regla general, exige la ocupación permanente de la vivienda por el propio titular del contrato de arrendamiento

---

<sup>83</sup> Precisamente, su destino a la satisfacción ocasional y no habitual de la necesidad de vivienda hace innecesario proteger de modo especial la forma jurídica de tenencia de tales viviendas. De este modo, el denominado «arrendamiento de vivienda», como forma privilegiada de contrato para el arrendatario (fundamentalmente por la existencia de un plazo mínimo inicial de 3 años de duración) se limita a aquellas viviendas que satisfagan su «necesidad permanente de vivienda», es decir, las que satisfagan de modo permanente su necesidad de vivienda. Ahora bien, en la terminología de la LAU el concepto de permanencia empleado es más restrictivo que el concepto de habitualidad de modo que cabe hacer un uso habitual (frecuente) de un inmueble para satisfacer la necesidad de vivienda y, sin embargo, que dicho uso no pueda ser calificado de «permanente». La idea de permanencia en la LAU parece partir de una única vivienda «permanente»: aquella destinada a satisfacer a largo o medio plazo la necesidad de vivienda: cualquier otra vivienda será no permanente (aun cuando fuera habitual).

—art. 7 LAU—). Sin embargo, es posible que haya casos en que un arrendamiento deba calificarse de arrendamiento «para uso distinto de vivienda» (excluyéndose la protección otorgada por dicha normativa; a saber, la duración mínima del contrato así como su continuidad o estabilidad ante determinados eventos —fallecimiento del titular, divorcio o separación, enajenación por su titular, etc.—) por tener consideración de arrendamiento de temporada (de estudios o de trabajo) y, sin embargo, desde una perspectiva de protección de los derechos fundamentales vinculados a la vivienda (que es la adoptada por la legislación procesal a efectos del otorgamiento del plazo prevenido en el art. 704.1 LEC), se deba considerar vivienda habitual. También estará protegida por la norma procesal la vivienda recién ocupada (aun no siendo vivienda “habitual” en sentido estricto) que fuera objeto del lanzamiento: la habitualidad en este caso debe entenderse como proyección de futuro y el término no es susceptible de interpretación literal (sino teleológica) al no haber otras viviendas alternativas sobre las que realizar una elección.

### 2.3.2. *Otorgamiento del plazo*

La función que cumple el plazo de garantía (a saber: delimitar la posibilidad de cooperación del ocupante en el desalojo favoreciendo sus derechos fundamentales y la propia eficacia de la ejecución) hace que se trate de un plazo de derecho necesario y regido por el principio de oficialidad: es un plazo integrado en la estructura procedimental que el legislador ha considerado adecuada para preservar la justicia de la ejecución forzosa mediante la ponderación *ex lege* de los intereses de ambas partes en el proceso; es sabido que las normas procesales, en cuanto derecho público necesario, no son disponibles.

Por ello, se debe negar, en principio, cualquier posibilidad de su renuncia así como la transacción relativa al mismo<sup>84</sup>. Además, en cuanto ampara los derechos

---

<sup>84</sup> En sentido contrario, SANTOS MARTÍNEZ afirma: «el plazo de requerimiento podría ser inferior a un mes cuando existiera pacto entre las partes en ejecución comprometiéndose a efectuar la entrega en un plazo inferior» (Santos Martínez, Albert M., *La ejecución del desahucio de vivienda*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 356). GAVILÁN LÓPEZ lo califica en este sentido, de plazo «discrecional reglado» al estar relacionado con el efectivo cumplimiento de la obligación (GAVILÁN LÓPEZ, Jesús, «La ejecución no dineraria», en *La ejecución provisional, la ejecución de títulos extrajudiciales y la ejecución de sentencias de la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Cuadernos de Derecho Judicial n.º XIV-2001, CGPJ, 2003, pág. 282).

fundamentales vinculados a la vivienda, tal renuncia sería tanto como renunciar *ex ante* a derechos fundamentales, lo que no es admisible. La misma razón recién expuesta justifica su otorgamiento de oficio, conforme al principio de oficialidad, por lo que no se requiere postulación alguna al respecto<sup>85</sup>, solución también adoptada en algunos países de nuestro entorno (aunque no en todos)<sup>86</sup>. De cualquier modo, si el ejecutado no deseara agotar el plazo otorgado podría siempre proceder al cumplimiento dentro del periodo o fase procesal que abre dicho plazo (precisamente, tal es su función). Lo que no cabe admitir es que dicho plazo se acorte voluntariamente, de modo que se autorice el desalojo coactivo antes de su finalización.

### 2.3.3. Duración.

Se ha sostenido que el ejecutante está facultado para otorgar o conceder un plazo mayor al máximo previsto en la ley, entendiendo que con ello sólo se beneficia

---

<sup>85</sup> En este sentido, DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, «Comentario al artículo 704», en AA. VV., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 1189; en contra, ARANGÜENA FANEGO, para quien la prórroga sólo podía concederse a instancia de parte: «tal prórroga, aunque la ley no lo diga, deberá solicitarse por el ejecutado, antes de que venza el inicial plazo del mes concedido para el desalojo, alegando esos motivos fundados que justifican su petición y resolviendo el tribunal, entendemos que tras dar audiencia al ejecutante, pues también deberán ser tenidas en cuenta sus alegaciones y valoradas sus necesidades en orden a precisar la conveniencia de prorrogar o no el plazo». (Arangüena Fanego, Coral, «De la ejecución no dineraria...», en AA. VV., *Comentarios...*, 2000, cit., págs. 3652 y 3653). ORTELLS entiende que «la prórroga se acordará normalmente, a instancia del ejecutado, por la necesidad de “motivo fundado”, que éste alegará. Sin embargo, la disposición no impide atender a esos motivos si son conocidos por el Tribunal, normalmente con ocasión de la práctica de la actividad ejecutiva (por ejemplo, enfermedad del ejecutado, que se constata al proceder al desalojo forzoso)»; también de esta opinión DE LA OLIVA, en De la Oliva/Diez Picazo/Vega/Bancloche, *Comentarios*, pág. 1188.

<sup>86</sup> En el ordenamiento francés se regula expresamente el aplazamiento de oficio del desalojo: para el caso de que el inmueble fuera la vivienda principal del ocupante: la ley francesa otorga un plazo inicial de dos meses contados desde que se dictó la resolución ordenando el desalojo (art. 62 de la Ley de reforma de los procesos de ejecución civil —*Loi n.º 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution*—). El ordenamiento portugués, el Código Procesal Civil (*Decreto-Lei n.º 44129, de 28 de Dezembro de 1961*) establece en su art. 630-C (cuya introducción se debe a la *Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro* —*Diarioda República-I-Serie-A- n.º 41, de 27 de Fevereiro de 2006*—) que la ejecución sólo se suspende si el ejecutado requiere su aplazamiento lo que debe hacer, ante el propio juez y dentro del plazo de oposición a la ejecución aportando las pruebas y señalando los testigos de que intente valerse (art. 930-C.1) para probar la concurrencia de alguna de las causas tasadas en el art. 930-C.2). De no haberse formulado en plazo la solicitud de la suspensión está se rechazará de plano (art. 930-D.1). También es posible solicitar la suspensión del desalojo y su aplazamiento en el curso de la propia diligencia de lanzamiento ante el agente judicial encargado de materializarla, con fundamento ahora en razones de enfermedad grave que impidan el traslado del ocupante (art.930-B.3); éste deberá solicitar la suspensión al agente encargado de la ejecución y solicitar la ratificación de la medida ante el tribunal (art. 930-B-4).



al ejecutado y que, por otra parte, el ejecutante estará legitimado para consentir su posible perjuicio<sup>87</sup>. Tal conclusión es compatible con la posibilidad de suspensión de la ejecución por común acuerdo entre las partes (art. 565.1 LEC).

El art. 704.1 LEC no sólo impone al tribunal el otorgamiento forzoso del plazo de espera, que no puede ser desplazado bajo ningún concepto, sino que establece también su duración inicial (un mes) y la de su posible prórroga (un segundo mes). El plazo determinado legalmente por el art. 704.1 LEC sustituye, pues, al de fijación judicial que regula con carácter general el art. 699 LEC<sup>88</sup> y al que, como hemos sostenido, se remite implícitamente el art. 703.1 LEC (atribuyendo su otorgamiento al secretario). En este sentido, la duración del plazo contemplado en el art. 704.1 LEC no puede ser determinada acudiendo al principio de proporcionalidad mediante la consideración singularizada de las circunstancias concurrentes (sí puede serlo, en cambio, la decisión sobre el otorgamiento de prórroga —pero tampoco la extensión de ésta<sup>89</sup>—), lo que nos suscita diversas observaciones.

---

<sup>87</sup> FUENTES LOJO, analizando los plazos de desalojo de vivienda de la legislación especial arrendaticia de los años 60, concluía que: «el plazo de [cuatro] meses que la Ley concede al inquilino para desalojar, se establece siempre en su beneficio y más que una norma de procedimiento es un derecho que se concede a éste y que se impone al arrendador. Éste, por otra parte, puede perfectamente renunciar al plazo mínimo de desaloje, solicitando uno mayor, so pena de incongruencia [de la resolución judicial que no lo concede]» (Fuentes Lojo, Juan V., *Suma de Arrendamientos Urbanos* (4.ª ed.), Librería Bosch, Barcelona, 1960, pág. 1012).

<sup>88</sup> Según ROBLES GARZÓN, «este plazo legal sustituye al plazo que el juez debe otorgar a todo ejecutado para que realice a lo que se obligó. Plazo legal frente a plazo judicial» (Robles Garzón, «La ejecución por obligaciones de dar», apartado 1180 (DROP\_1921), nota 38, en AA.VV. (Gutiérrez-Alviz Conradi, coord.), *Exposición de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo blanch, Valencia, edición digital).

<sup>89</sup> Aunque algún autor ha sostenido que: «no es necesario que la prórroga sea de un mes, porque en el poder del tribunal de apreciar si debe prorrogar o no, está comprendido el de fijar una duración de la prórroga ajustada al motivo que la justifica, siempre dentro del límite legal» (ORTELLS RAMOS, Manuel, «Comentarios al Título V LEC. De la ejecución no dineraria», en *Proceso Civil Práctico* (Gimeno Sendra, Víctor, dir.), tomo VIII-1, ed. La ley, edición digital. En contra FUENTES SORIANO, quien, pese a estar de acuerdo con la interpretación de Ortelles, atendiendo a la literalidad del precepto y a razones pragmáticas (desde la perspectiva del demandante de ejecución) afirma que: «para evitar los problemas y las dilaciones que pudieran derivarse de este inicial recorte del plazo de prórroga, entiendo que sería preferible una interpretación literal del mandato legal por parte de los Tribunales de modo tal que, en caso de encontrar motivos suficientes para conceder la prórroga, ésta se otorgue por el plazo de un mes legalmente previsto. La pretendida agilidad que se persigue con el inicial recorte del plazo por parte del Tribunal podría llegar a suscitar un complicado panorama procesal de recursos y dilaciones totalmente contrario al efecto inicialmente perseguido» (Fuentes Soriano, Olga, «Ejecución y entrega de bienes inmuebles ocupados. Obligación de dar», *Práctica de Tribunales (La Ley)*, 2008, núm. 49, edición digital).

La primera observación que merece el contraste entre los artículos 699 y 704 LEC es que el primero permite otorgar un plazo más extenso que el regulado en el segundo, con lo que se podría llegar a la paradójica conclusión de que esta última norma es más restrictiva y menos considerada con el ocupante de una vivienda que la primera, aplicable a los restantes tipos de inmuebles, contradiciendo la que parecía ser la *ratio* de la norma: privilegiar el derecho a la vivienda y aquellos otros derechos fundamentales que en ella se amparan. Sin embargo, matizando la anterior percepción, debe notarse que el art. 704 LEC, al tasar la duración del plazo de espera, impide que tribunal pueda conceder un plazo inferior (o, más aún, que decida no otorgar plazo alguno, lo que, en cambio, parece posible según los términos del art. 703.1 LEC), con lo que, en este sentido, sí se estaría privilegiando (como era de esperar) al ocupante de vivienda. Es su consideración como un plazo mínimo, indisponible por el tribunal, lo que convierte a la norma del art. 704.1 LEC en una norma de privilegio frente a la norma general del art. 699 LEC. Sin embargo, el carácter de privilegio queda aminorado y desdibujado al ser este plazo, al propio tiempo, plazo máximo: el art. 699 LEC (así como el art. 703.1 LEC que relacionamos con aquél) podría, en ciertas condiciones, autorizar el otorgamiento de un plazo mayor para el desalojo de un inmueble que no fuera vivienda habitual que en caso de serlo. Para devolver la coherencia al sistema creado por el legislador es por lo que algunos autores entienden que el plazo determinado judicialmente en el art. 699 quedaría excluido por el régimen especial del art. 703.1 que excluiría —según esta interpretación— todo plazo (o, al menos, lo constreñiría a ser inferior al plazo de un mes regulado por el art. 704.1 LEC). Entendemos, no obstante, que esta interpretación origina (como hemos apuntado supra) más incoherencias e inconsistencias que las que trata de resolver.

La segunda observación derivada del contraste entre los artículos citados es que la norma general sobre el plazo que contiene el art. 699 LEC, al permitir adaptar la extensión del plazo a las circunstancias concurrentes<sup>90</sup>, favorece la aplicación

---

<sup>90</sup> CARBALLO PIÑEIRO, en el sentido de permitir el art. 699 LEC que el Tribunal considere las circunstancias concurrentes (aunque luego niegue su aplicación al lanzamiento de inmuebles), señala que «a pesar de los términos conminatorios del art. 699 LEC de 2000, su proyección sobre la ejecución de dar no puede llevar más que a la conclusión de que debe considerarse una facultad judicial, cuya conveniencia compete decidir caso a caso [...] depende del conocimiento de la situación física del bien» (Carballo Piñeiro, Laura *Ejecución de condenas de dar*, 2001, cit., pág. 310).

del principio de proporcionalidad frente a la norma específica que para desalojo de vivienda habitual establece el art. 704.1 LEC que no otorga al tribunal el mismo margen, quedando obligado el secretario judicial a otorgar el plazo legal únicamente con la extensión preestablecida<sup>91</sup>. Una vez transcurrido el plazo inicial sí se faculta al tribunal para ponderar las circunstancias concurrentes, pudiendo valorar de modo circunstanciado, según criterios de proporcionalidad, la concesión de una prórroga, aunque al estar dicha prórroga también tasada en su duración, las posibilidades de responder plenamente al principio de proporcionalidad resultan nuevamente limitadas (el tribunal puede considerar necesaria una prórroga menor a un mes —o mayor—, pero la ley sólo le permitirá otorgar la mensual o ninguna en absoluto)<sup>92</sup>.

En definitiva, el régimen de otorgamiento de plazos establecido en la LEC para el lanzamiento puede calificarse de poco armónico: más flexible y coherente con el principio de proporcionalidad en su regla general, apropiada para cualquier clase de inmueble, permitiendo al tribunal otorgar o no el plazo y otorgarlo con

<sup>91</sup> En el ordenamiento francés se admite que por razones de orden público se suprima o acorte el plazo inicial de dos meses: sería el caso de los squatters que podrían ser expulsados inmediatamente. También se admite la supresión o acortamiento del plazo inicial si el realojo que prevé la Ley 442-4-1 del Código de la Construcción y la Vivienda no hubiera surtido efecto por culpa del propio ocupante (art. 62 de la ley n.º 91-650). Vid. PERROT, Roger y THÉRY, Philippe, *Procédures Civiles d'exécution*, Dalloz, Paris, 2000, págs. 625 a 633.

<sup>92</sup> En cambio, entiende ORTELLS RAMOS, que «la prórroga no depende de presupuestos legales reglados, sino de que el tribunal aprecie la concurrencia de motivo “fundado”. Partiendo de este último dato, entiendo que no es necesario que la prórroga sea de un mes, porque en el poder del tribunal de apreciar si debe prorrogar o no, está comprendido el de fijar una duración de la prórroga ajustada al motivo que la justifica, siempre dentro del límite legal» (Ortells Ramos, Manuel, «Ejecución de prestaciones no dinerarias», en AA. VV., *III Jornadas sobre la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...*, 2003, cit., pág. 317; también en *La ejecución de condenas no dinerarias*, 2005, cit., pág. 159).

En el ordenamiento francés, al que venimos haciendo referencia en notas anteriores, la prórroga del plazo inicial de dos meses para lanzamiento de vivienda depende de la concurrencia de ciertas circunstancias precisadas con detalle por la ley, a diferencia de nuestra legislación. La duración de las prórrogas está igualmente delimitada aunque los plazos son mayores: tres meses suplementarios si la expulsión hubiera de tener para la persona afectada consecuencias de excepcional dureza (art. 62 de la Ley de reforma de los procesos de ejecución civil —*Loi n.º 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution*—). Por su parte, el Código de la Construcción y la Vivienda —*Code de la Construction et de l'habitation*— (modificado por la ley n.º 2009-323 de marzo 25 de 2009 para la movilización de la vivienda y la lucha contra la exclusión —*Loi n.º 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion*—) bajo la rúbrica «Aplazamiento de la ejecución de las decisiones judiciales» (*Sursis à l'exécution de décisions de justice*) permite al Juez encargado de la ejecución aplazar, también de oficio, y hasta un año, el desalojo de aquellos ocupantes de inmuebles destinados a vivienda o a negocio cuya reubicación no fuera posible en las condiciones normales (art. 613-1).

mayor o menor duración en función de las necesidades y las circunstancias concurrentes, que en el caso específico de desalojo de vivienda habitual. En los casos de lanzamiento de vivienda habitual el tribunal se ve constreñido por unos plazos prefijados por la ley, de otorgamiento y duración obligatorias, lo que si bien por una parte, garantiza un mínimo de protección indisponible por el tribunal, en garantía del ocupante, por otra puede originar tanto dilaciones innecesarias como una celeridad excesiva, impidiendo que la actividad ejecutiva responda a las necesidades de cada caso concreto, en detrimento del principio de proporcionalidad<sup>93</sup>.

---

<sup>93</sup> En esta línea se sitúan en Francia la Ley de reforma de los procesos de ejecución civil (*Loi n.º 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution*, art. L. 62; ley desarrollada reglamentariamente por decreto n.º 92-755, de 31 de julio de 1992) y el Código de Construcción y la Vivienda (*Code de la Construction et de l'habitation*, art. L. 613-1 a 613-5). La norma primeramente citada prevé, para el caso de que el inmueble a desalojar fuera la vivienda principal del ocupante, un plazo, inicial de dos meses (a contar desde que se dictó la resolución ordenando el desalojo), de otorgamiento ex lege, y durante el cual no se puede proceder al lanzamiento; dicho plazo es prorrogable por otros tres meses suplementarios cuando concurren circunstancias por las cuales el desalojo pueda tener consecuencias especialmente penosas y entre las cuales el propio legislador incluye expresamente el periodo del año de que se trate (donde probablemente se quieren incluir los periodos navideños, el inicio del curso escolar, etc.) y las inclemencias del tiempo atmosférico (L-62 al 1 y 2). También según este artículo (L-62, al. 3) se debe informar, a través del *huissier de justice*, a las autoridades gubernativas para atender las necesidades de vivienda de los ocupantes en virtud de la ley n.º 90-449 de mayo 31 de 1990, relativa a la aplicación del derecho a la de la vivienda. La segunda norma (modificada por la ley n.º 2009-323 de marzo 25 de 2009, para la movilización de la vivienda y la lucha contra la exclusión —*Loi n.º 2009-323 du 25 mars, de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion*—) bajo la rúbrica «Aplazamiento de la ejecución de las decisiones judiciales» (*Sursis à l'exécution de décisions de justice*) permite al Juez encargado de la ejecución prorrogar, incluso de oficio, el desalojo de los ocupantes de inmuebles destinados a vivienda o a negocio cuando su reubicación no fuera posible en condiciones normales (*article L-613-1*). Para determinar la duración de las prórrogas el Juez debe tener en cuenta diversas circunstancias que la ley especifica: la buena o mala fe mostrada por el ocupante en el cumplimiento de sus obligaciones; la situación respectiva de propietario y ocupante, en especial las condiciones de edad, estado de salud y situación familiar y económica; el tiempo atmosférico, así como las tentativas que el ocupante hubiera realizado previamente para encontrar otro alojamiento. Las prórrogas deben tener una duración superior a un mes e inferior a un año (*article L-613-2*). Incluso expirados los plazos anteriores, se prohíbe la expulsión entre el 1 de noviembre y el 15 de marzo a menos que la reubicación pudiera asegurarse en condiciones de respeto a la unidad y las necesidades de la familia. Se exceptúa el supuesto de desalojo de viviendas por razones de peligro o cuando la vivienda es ocupada como consecuencia de una «vía de hecho» (*article L-613-3*). Por otra parte, el Code Civil permite, atendiendo a la situación del deudor y las necesidades del acreedor, aplazar o escalonar hasta dos años los pagos del alquiler (1244-1), decisión que suspende los procesos de ejecución que hubiera instado el acreedor (1244-2), siendo nulo todo pacto en contrario a los artículos citados (1244-3). Vid. Perrot, Roger y Théry, Philippe, *Procédures Civiles d'Exécution*, Dalloz, Paris, 2000, págs. 625 a 633.

El Código procesal civil de Portugal (*Código de Processo Civil*, en su redacción dada por *Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro* —*Diário da República-I-Serie-A- n.º 41, de 27 de Fevereiro*—) contiene normas para la suspensión y aplazamiento del desalojo de vivienda arrendada, subordinando dichas medidas

### 3. Contenido de la actividad procesal en la etapa de preparación y evitación de la diligencia de lanzamiento

#### 3.1. Actos de coerción indirecta

##### 3.1.1. Requerimiento de desalojo

El requerimiento que según el art. 699 LEC dirige el juez al ejecutado para que abandone el inmueble dentro del plazo que se fije en cada caso (que el art. 704.1 LEC especifica en un mes para el caso de lanzamiento de vivienda habitual) pretende forzar la voluntad del deudor de modo que éste realice la prestación debida. El requerimiento de desalojo debe entenderse, pues, como una modalidad o medio de ejecución mediante coerción indirecta<sup>94</sup> o psicológica; una modalidad

---

a la concurrencia de una serie tasada de causas. Por un lado, el art. 930-B, bajo la rúbrica «Suspensão da execução» regula, en sus apartados 3 a 6, la suspensión ordenada por el agente judicial ante la situación de grave enfermedad del ocupante en virtud de la cual su traslado pusiera en peligro su vida; exigiendo la medida que un médico acredite la duración necesaria de la suspensión (art. 930-B.3). Por otra parte, el art. 930-C, bajo la rúbrica «Diferimento da desocupaçao de imóvel arrendado para habitaçao», permite al tribunal aplazar, con carácter discrecional, el desalojo de vivienda arrendada por razones sociales imperiosas (art. 930-C.1) que deben compadecerse con alguna de las tres causas tasadas: a) que la desocupación inmediata del local cause al ejecutado un daño mayor que el beneficio que con ello obtiene el ejecutante, b) Que el desalojo derive de una resolución del contrato de arrendamiento por falta de pago y esta sea debida a la carencia de recursos económicos del arrendatario (lo que se presume si este es perceptor del subsidio de desempleo o renta social de inserción) y c) que el ejecutado tenga una incapacidad acreditada superior al 60% (art. 930-C-2). El tribunal debe tener en cuenta, en todo caso, las exigencias de la buena fe, si el ejecutado tiene otra vivienda a su disposición, el número de personas que viven con él, su edad y estado de salud y, en general, la situación social y económica de las personas implicadas (art. 630-D.2). La duración del aplazamiento no podrá exceder de diez meses a contar desde la fecha de su otorgamiento (art. 630-D.5). También las propuestas de CiU a las que hemos hecho referencia (vid. supra, nota 10) seguían en esta línea de exigir la concesión del plazo de garantía (o suspensión del lanzamiento en su terminología) en función de las circunstancias concurrentes.

<sup>94</sup> PÉREZ DEL BLANCO caracteriza los medios de coerción indirecta como «aquellos que tratan de que se cumpla la obligación por el deudor a través de la compulsión sobre su voluntad. Se trata pues de medidas cuyo objetivo no es la realización directa de las obligaciones que la condena contiene, sino que es canalizar la voluntad del obligado hacia el cumplimiento de lo establecido por el fallo judicial. Estas medidas resultan de aplicación a todo tipo de condenas porque en cualquier caso el cumplimiento más perfecto siempre es el llevado a cabo por el ejecutado, en tanto en cuanto la resolución jurisdiccional era precisamente a él a quien obligaba a realizar la concreta conducta. Pero donde adquiere una mayor relevancia es en relación con la ejecución de aquellas condenas que no admitan la ejecución directa por contener obligaciones de carácter personalísimo. En estos supuestos la coacción sobre el ejecutado es el único medio de lograr la ejecución in natura de la condena. Lo que no quiere decir, como se recoge, que // su utilización está vedada con esas particularidades, sino que es donde cobran realmente su verdadera dimensión. [...] Las dos principales medidas indirectas que prevé la LEC son, el recurso a la tutela penal y la imposición de apremios pecuniarios sobre el patrimonio del ejecutado» (*ibidem*, págs. 43 y 44).

*de vis ánimo o vis compulsiva*<sup>95</sup> que inicia la prestación jurisdiccional de satisfacción del acreedor y en cumplimiento de la función pública de hacer cumplir lo juzgado (art. 117.3 CE)<sup>96</sup>. Como tal medio de ejecución, podría pensarse que el lugar apropiado para su adopción es el decreto de concreción de medidas ejecutiva que debe dictar el secretario tras el auto despachando ejecución (art. 559.3 LEC) donde, además, se concede —como acabamos de analizar— el plazo para el desalojo. Sin embargo, al margen de la que la cuestión no sea muy relevante en un terreno práctico, el requerimiento contiene precisiones que son propias de la orden general de ejecución a la que corresponde fijar el ámbito

---

<sup>95</sup> En nuestra opinión, se trata de una medida de coerción, si bien para llegar a esta conclusión se requiere una noción amplia y un tanto abstracta de coerción. Existe cierto escepticismo en la doctrina al calificar este requerimiento como medio de coerción indirecta, aunque se llega a una conclusión parecida por coherencia sistemática. Según CATALÁ COMAS: «la línea divisoria entre el cumplimiento voluntario en sentido estricto y el que no lo es debe situarse en el momento de dirigirse el sujeto que obtuvo la resolución favorable al órgano judicial para que éste proceda a ejecutarla. Todo cumplimiento correcto realizado con anterioridad a ese momento deberá reputarse estrictamente voluntario. Aquel acaecido con posterioridad, al haberse iniciado ya la fase ejecutiva, implicará que la voluntad del condenado ha sufrido un estímulo más o menos coactivo por parte del órgano jurisdiccional y de la parte que lo interesa, por lo que no será estrictamente voluntario». (págs. 42 y 43). Para DE LA OLIVA, «puede discutirse largamente e incluso *ad nauseam* si ese requerimiento es, doctrinalmente hablando, un acto ejecutivo: la respuesta dependerá de dónde se haya puesto la esencia de la actividad ejecutiva. Como ya dijimos, si esencial para la naturaleza ejecutiva es que el tribunal sustituya al ejecutado, el requerimiento no supondría ejecución.[...] y sostuvimos que la sustitución es una nota frecuente, muy relevante, de la actividad jurisdiccional ejecutiva, pero no perteneciente a su esencia. Al dirigir el requerimiento —y más si es con apercibimiento de apremios personales o multas pecuniarias— el tribunal ya está tratando de “hacer ejecutar lo juzgado” (o arbitrado o convenido en acuerdo o transacción judicial). El tribunal ya utiliza su potestad para una transformación material de la realidad, de modo que, doctrinalmente, entendemos que realiza actividad jurisdiccional ejecutiva. Pero, en todo caso, legalmente no debe dudarse de que ya estamos dentro del proceso de ejecución, que ya se ha despachado. Una discusión semejante puede producirse acerca de si el “cumplimiento” por el ejecutado “en sus propios términos, de lo que establezca el título ejecutivo” [...], constituye ejecución voluntaria o ejecución forzosa. A nuestro entender [...] no parece que ese “cumplimiento” pueda calificarse de espontáneo» (De la Oliva Santos, A., en AA. VV., *Derecho procesal civil. Ejecución Forzosa. Procesos especiales*, CERA, Madrid, 2000, pág. 319). Según ORTELLS, «es más correcto entender que hay proceso de ejecución cuando el legislador regula las actuaciones para la realización coactiva de los deberes de prestación impuestos en un título ejecutivo cualquiera que sea la cantidad y la intensidad de los medios que predisponga para ese fin.[...] ahora bien, el que el cumplimiento no deba considerarse voluntario no hay que atribuirlo a algo tan evanescente como la presión psicológica que puedan suponer las medidas ejecutivas, sino a la circunstancia objetiva de producirse cuando la actividad ejecutiva está ya legítimamente iniciada» (Ortells Ramos, Manuel, *La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, La Ley, Madrid, 2005, pág. 72).

<sup>96</sup> De modo más expresivo, el art. 1596 lec de 1881 del requerimiento de lanzamiento («Luego que sea firme la sentencia que declare haber lugar al desahucio, y recibidos los autos en el Juzgado inferior en el caso de apelación, se procederá a su ejecución a instancia del actor, mandado el Juez se aperciba de lanzamiento al demandado si no desaloja la finca en los términos siguientes://Ocho días, si se trata de una casa-habitación, y que habiten, con efecto, el demandado o su familia.//Quince días, si de un establecimiento mercantil, fabril, de tráfico o de recreo.//Veinte días, si de una hacienda, alquería, cortijo u otra cualquiera finca rústica que tenga caserío, y en la cual haya constantemente guardas, capataces u otros sirvientes»).

subjetivo y objetivo de la ejecución pero también, en ciertos casos, su dimensión funcional. En efecto, la resolución que contiene el requerimiento de desalojo es la ocasión apropiada para precisar el alcance o sentido del «abandono» que la ejecución exige al ocupante, lo que puede tener sentido en el caso de aquellos inmuebles cuya posesión no se mantiene por la mera permanencia en ellos del ejecutado (supuesto en que la conducta de abandono exigida es más o menos evidente: la salida del inmueble), sino mediante alguna otra forma más compleja o peculiar de ejercicio de poder sobre el inmueble, sea a través de algún tipo de control personal no permanente (como puede ser la resultante de vallar un campo o de realizar en él labores de mantenimiento ocasionales), sea a través de servidores de la posesión (como empleados o gestores que realizan labores materiales o administrativas en favor del poseedor), siendo así que la forma de cese en dicha actividad de control posesorio y la correlativa puesta a disposición del ejecutante de los medios empleados para dicho control pueden requerir algunas precisiones del juez (interpretando el título ejecutivo y en respuesta a la pretensión ejecutiva formulada por el demandante)<sup>97</sup>. En este sentido, forman parte del contenido típico de la orden general de ejecución según el art. 551.2.4.º LEC «Las precisiones que resulte necesario realizar respecto [...] del contenido de la ejecución, según lo dispuesto en el título ejecutivo».

Por otra parte, junto a la responsabilidad del demandado, que lo hace destinatario del requerimiento de desalojo, la obligación de desalojo se extiende a los ocupantes que con él comparten la utilización del inmueble sin necesidad de desarrollar frente a ellos el incidente contradictorio previsto para los terceros en el art. 704.2 LEC<sup>98</sup>. En nuestra opinión, la orden general de ejecución, en cuanto delimita subjetivamente la ejecución, debería declarar expresamente que el deber de desalojo no sólo alcanza al deudor (el obligado por el título ejecutivo) que

---

<sup>97</sup> En este sentido, ORTELLS RAMOS considera que «dado que sustancialmente se trata de que se respete ese ajuste de la conducta impuesta al título que la impone, no veo obstáculo, para facilitar la actividad ejecutiva y siempre sin alterar el contenido del título, en que se especifiquen y detallen las características de la conducta requerida. Obviamente, lo que se resuelva en este aspecto será impugnabile de acuerdo con lo previsto en el art. 563» (Ortells Ramos, Manuel, *La ejecución de condenas no dinerarias...*, 2005, cit., pág. 79).

<sup>98</sup> Vid. supra: segunda parte, capítulo 2, págs. 338 y sigs.

ocupa ilícitamente el inmueble<sup>99</sup>, sino también a «quienes con él compartan la utilización de aquél» (art. 704.2 LEC), es decir, la familia del deudor, sus huéspedes, sus empleados y los servidores de la posesión, obligados todos ellos en cuanto terceros cuya posesión no corresponde a un título autónomo sino que depende de la posesión del ejecutado (art. 704.1 LEC); así podría deducirse del art. 551.2.4.º LEC según el cual corresponde a la orden general de ejecución formular «Las precisiones que resulte necesario realizar respecto de las partes [...], según lo dispuesto en el título ejecutivo, y asimismo respecto de los responsables personales de la deuda o propietarios de bienes especialmente afectos a su pago o a los que ha de extenderse la ejecución, según lo establecido en el artículo 538 de esta Ley». No obstante, estos sujetos también deben beneficiarse del plazo de garantía otorgado al demandado, pues si bien su posición jurídica (así como su defensa) depende de la de aquél (posesión subordinada), el derecho a la vivienda y los demás derechos fundamentales que ella ampara (los derechos relativos a la vivienda) les corresponden, en cuanto derechos humanos y fundamentales, de manera exclusiva, personal y no subordinada. Por esta razón, el art. 704.1 LEC les atribuye expresamente el goce del plazo de garantía si el inmueble que se desaloja es también su vivienda. Cosa distinta es que ocupen el inmueble por razones distintas al uso habitacional (empleados que no residen en la vivienda, por ejemplo) en cuyo caso quedan sujetos al deber de abandono pero no del derecho a disfrutar del plazo para hacerlo.

Por las razones expuestas, junto al requerimiento dirigido por el tribunal al demandado para que abandone el inmueble en el plazo que se le otorgue por el secretario se debe dirigir otro requerimiento específico a los ocupantes no demandados para que hagan lo propio, disponiendo para ello del mismo plazo. Si no se hace así, dichos terceros se verán sorprendidos al practicarse la diligencia de lanzamiento y podrán ver frustrado el disfrute de su derecho al plazo de garantía (instrumental de sus derechos fundamentales), lo que puede exigir la suspensión de la diligencia de lanzamiento. Puede invocarse en este sentido, la aplicación (análoga, pues la norma se refiere estrictamente al proceso de

---

<sup>99</sup> O a su sucesor procesal, aunque, en este caso, previa comparecencia ante el Juez (art. 540.3 LEC). Vid. SORIANO, Olga, «Ejecución y entrega de bienes inmuebles ocupados...», 2008, cit.



declaración) del art. 150.2 LEC según el cual «se notificará la pendencia del proceso a las personas que, según los mismos autos, puedan verse afectadas por la resolución que ponga fin al procedimiento. [...]»<sup>100</sup>.

En el caso del requerimiento dirigido al demandado se hará en su persona o en la de su procurador (arts. 152.2.1.º, 153 y 553 LEC). Tratándose de los ocupantes no demandados la notificación requiere conocer su identidad. El conocimiento de la identidad de terceros no ocupantes aboga por la realización previa de trámites informativos (como más adelante precisaremos) entre los que se puede contar el requerimiento dirigido al ejecutado para que revele la situación de ocupación del inmueble. Si no se conocen las identidades de los ocupantes (puede desconocerse incluso su mera existencia) y tal situación de ignorancia puede ser imputada al ejecutado, éste será responsable de la demora que origine la suspensión del lanzamiento y podrá, además, ser sancionado (la parte e incluso su procurador y abogado) por mala fe demostrada (arg. ex art. 247.3 y 4 LEC). En cuanto al lugar de notificación, entendemos que debe ser el mismo inmueble objeto del lanzamiento pues la razón que motiva la notificación es la utilización habitual del

---

<sup>100</sup> FUENTES SORIANO, por contra, considera que la norma aplicar analógicamente en estos casos es la contenida en el art. 704.2 LEC para que los terceros presenten los títulos que acrediten su derecho a permanecer en el inmueble; según esta autora «no habría problema en conceder al ocupante la posibilidad de alegar su autonomía respecto del ejecutado o bien la posibilidad de alegar que el inmueble no está destinado a ser “vivienda habitual”, durante los diez primeros días desde el momento en que se les comunica la fecha de lanzamiento. Ciertamente, con ello se estaría favoreciendo una interpretación analógica del incidente previsto en el art. 704.2 para los terceros ocupantes, con la consiguiente ralentización del procedimiento; sin embargo, esa leve demora en su tramitación redundaría en la consagración efectiva del derecho de defensa del ocupante» (Fuentes Soriano, Olga, «Ejecución y entrega de bienes inmuebles ocupados...», 2008, cit.); parece razonable esta aplicación analógica; ahora bien, no debe entenderse la afirmación de que el plazo contemplado en el art. 704.2 LEC corra desde que se notifica la fecha de lanzamiento al ejecutado sino desde que tienen noticia del mismo los propios ocupantes. No debe perderse de vista que esta notificación de la fecha de lanzamiento se hace al demandado y no a los terceros, y que este demandado puede no informar a los demás ocupantes del inmueble (estén o no a su cargo). Si los ocupantes tiene un derecho procesal autónomo a poner de manifiesto su posición jurídica mediante la aportación de títulos (y luego compareciendo a la vista del art. 675 LEC), tal derecho que no puede empezar hasta que tienen conocimiento propio del lanzamiento en curso, momento que puede o no coincidir con el de notificación al demandado de la fecha de lanzamiento (pudiendo incluso coincidir con el momento de práctica de la diligencia de lanzamiento). Una vez tienen conocimiento (por la vía del art. 150.2 LEC o en el momento de la diligencia, por ejemplo) y han manifestado no ser personas «dependientes del ejecutado» el tribunal podrá otorgarles 10 días para presentar sus títulos (aplicando ahora ahora analógicamente el 704.2 LEC). Para abreviar, el tribunal puede notificarles la pendencia del proceso y advertirles de que si entienden que tienen derecho a permanecer en el inmueble disponen del plazo de diez días para así manifestarlo y, en su caso, presentar sus títulos.

mismo como vivienda (pudiendo aplicarse analógicamente el párrafo segundo del art. 155.3 LEC). De fracasar la notificación mediante remisión (art. 159.1 y 160 LEC) se hará personalmente (art. 159.2 y 161 LEC); en este caso la entrega podrá efectuarse al propio demandado haciéndole las advertencias a que aluden los párrafos primero *in fine* y tercero del art. 161.3 LEC. Si el demandante lo estima conveniente, podrá hacerse cargo de las notificaciones de los distintos requerimientos a través de su procurador (art. 152.1.2.º LEC y 161.5), pero, en tal caso, «el procurador acreditará, bajo su responsabilidad, la identidad y condición del receptor del acto de comunicación, cuidando de que en la copia quede constancia de su firma y de la fecha en que se realice». Todo ello sin perjuicio del deber de buena fe y de la posibilidad de denegar la suspensión si se considera que los ocupantes estaban realmente informados y que su aparente ignorancia del deber de abandono constituye un mero abuso de derecho o fraude procesal (art. 11 LOPJ y 247.1 y 2 LEC). *De lege ferenda* puede sugerirse que mediante reforma del art. 153 LEC la notificación del requerimiento de abandono a los ocupantes no demandados se encomiende al propio procurador del demandado.

Si alguno de los sujetos mencionados como terceros obligados al desalojo en el auto despachando ejecución y ordenando su salida del inmueble considera que dispone de un título propio, distinto del amparo que le proporciona el título del ejecutado (situación de dependencia posesoria) tiene la carga de alegarlo ante el tribunal una vez tenga conocimiento de la orden o requerimiento de desalojo que se le dirige. Si al ocupante tercero no se le comunica el requerimiento puede alzar esta carga hasta el mismo momento de practicarse la diligencia de lanzamiento: art. 704.2 LEC.

### 3.1.2. Obediencia al requerimiento

Como ya hemos indicado (al analizar la naturaleza de esta etapa del proceso y, en particular, del plazo otorgado para el desalojo durante la misma), no se debe confundir la actividad de desalojo desarrollada por los ocupantes en este momento procesal como consecuencia del requerimiento formulado por el tribunal con un supuesto de cumplimiento voluntario. La salida del inmueble, en caso de producirse, es un cumplimiento forzoso por cuanto la voluntad de los ocupantes

ya ha sido constreñida en su formación por la orden del tribunal. En principio, el otorgamiento de plazo supone la posibilidad de adaptar el rigor de la inmisión en la esfera jurídica del deudor que supone la ejecución forzosa con el adecuado respeto a los derechos del ejecutado (y demás personas de él dependientes) quienes, disponiendo de un tiempo adecuado según las circunstancias concurrentes y siempre que dispongan de recursos suficientes, pueden protagonizar su propio desalojo, minimizando así la intromisión en su libertad y dignidad y los riesgos de lesión desproporcionada sobre sus derechos fundamentales.

Debe recordarse que este requerimiento supone el cumplimiento, en nuestro ordenamiento, de una de las garantías que en el ámbito internacional de protección de los derechos humanos se ha podido derivar interpretativamente del derecho a no sufrir desalojos forzosos: el derecho a recibir aviso del desalojo con una antelación suficiente y razonable (vid., entre otras, Observación General del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, núm. 7, § 15.b) o la resolución del Comité de Derechos Sociales del Consejo de Europa en el caso FEANTSA contra Francia, § 88). El Comité de Derechos Sociales del Consejo de Europa ha entendido que el plazo de dos meses puede considerarse, en términos generales, un plazo razonable de preaviso (caso FEANTSA contra Francia, § 89)<sup>101</sup>.

---

<sup>101</sup> En las directrices propuestas por la Comisión para la Eficacia de la Justicia (European Commission for the Efficiency of Justice/CEPEJ) del Consejo de Europa en diciembre de 2009 (doc. CEPEJ(2009)11REV2) se establecen varias relativas a «Notificación a partes y terceros» estableciendo: «La notificación a las partes de la ejecución de resoluciones judiciales y de otros títulos ejecutivos son un aspecto esencial de las leyes sobre ejecución forzosa. La notificación a las partes es un elemento necesario del juicio justo, en el sentido del artículo 6.1 del CEDH» (§ 17); «Los estados miembros deben elaborar documentos estandarizados para notificar a las partes. Estos documentos podrían estar relacionados con las diferentes etapas del proceso de ejecución y con las distintas posibilidades de impugnación de la misma. Podrían tener las siguientes funciones: Notificar a los demandados de las consecuencias de la ejecución (incluyendo su coste económico) y de las consecuencias económicas del incumplimiento de la orden de pago.//Notificar a los demandados de las medidas de ejecución que van a adoptarse para implementar la ejecución, de modo que puedan someterse a ellas o, en caso de ser pertinente, impugnarlas.//Mantener a los demandados informados del estado del procedimiento en cada momento//Notificar a los terceros para garantizar, en primer lugar, que se respeten sus derechos y, en segundo lugar, para que puedan cumplir las obligaciones que les incumben y sean conscientes de las consecuencias de su incumplimiento» (§ 18). «La notificación debería invitar siempre a la parte demandada al cumplir con la orden judicial de manera voluntaria y advertirle de las medidas medidas coercitivas que van a ser utilizadas en caso de incumplimiento, incluyendo, si procede, la imposición costas» (§ 19).

Ahora bien, la salida del inmueble sólo será cumplimiento del requerimiento formulado por el tribunal si los ocupantes abandonan el inmueble (desposesión) en términos tales (puesta a disposición) que el propietario pueda, a su vez, tomar posesión de él (toma de posesión). A esto alude el término «posesión efectiva» empleado en el artículo 703.4 LEC como condición para que el secretario judicial suspenda la diligencia. No se cumple, pues, con la mera salida: puede considerarse incumplimiento la salida del inmueble en condiciones tales que impidan al ejecutado la toma de posesión (saliendo del inmueble pero llevándose las llaves o permitiendo la entrada de terceros —incluso con intención de que éstos le permitan de nuevo la entrada—; dejando elementos que impidan la toma de posesión —puertas interiores bloqueadas, contenido abandonado de tal magnitud que impida la toma de posesión —una vivienda llena de chatarra o basura, por ejemplo—, etc.). Corresponde al arrendador valorar si la entrega ha sido efectiva. En caso de serlo puede notificar al juzgado que así ha sido, de modo que éste suspenda la diligencia de lanzamiento programada (art. 703.4 LEC). En caso contrario, la diligencia de lanzamiento proseguirá su curso, en principio tal como ha sido programada. Por tanto, la mera entrega de las llaves en el juzgado no suspende por sí misma la diligencia. Es necesario que ésta sea notificada al demandante quien debe valorar (quizá recogiendo las llaves —o tomando su propio juego de llaves si dispone del mismo— y desplazándose al domicilio) si esta entrega de llaves equivale a entrega de posesión efectiva.

Aun cuando una entrega «no efectiva» no satisfaga al acreedor ni permita tener por consumado el lanzamiento, puede cambiar la situación posesoria del inmueble. El arrendador deberá notificar al juzgado la nueva situación creada, solicitando, en su caso, las nuevas medidas que crea precisas (por ejemplo, habiendo entrado terceros al inmueble —o manteniéndose en el mismo los familiares o empleados del demandado— el tribunal deberá pronunciarse sobre la situación de tales personas respecto a la ejecución, determinado, por ejemplo, su condición de personas dependientes del ejecutado y, como tales, sometidas como ése al lanzamiento; de terceros cuya situación deba ser clarificada por medio del

incidente regulado en el art. 704.2 LEC o de terceros sujetos a la obligación genérica de respetar la actividad ejecutiva y colaborar con la misma (por ejemplo, en supuestos de abuso de derecho o fraude procesal: arts. 118 CE, 17 y 11 LOPJ y 247 LEC)<sup>102</sup>.

Pese a entender que la entrega ha sido efectiva la LEC permite al demandante solicitar del tribunal que se mantenga el señalamiento de modo que la comisión judicial pueda desplazarse al inmueble constar el estado de la finca, se comprende que para solicitar el abono de los daños causados. Se trata de una pretensión ajena al lanzamiento, esto es, una pretensión acumulada de naturaleza cautelar: hacer constar el estado del inmueble en el momento del cambio posesorio de modo que los posibles daños que presente se puedan imputar al demandado al efecto de una pretensión declarativa de condena. No obstante, si del desplazamiento de la comisión judicial al inmueble se determinase que la vivienda aun sigue ocupada (quizá por sujetos a los que el propio arrendatario ha consentido la entrada) no se podría considerar consumado el lanzamiento y la finalidad del desplazamiento adquirirá una dimensión inesperada: no sólo constatar los daños causados al inmueble sino determinar que el lanzamiento no ha sido consumado<sup>103</sup>.

### *3.2. Actos de cooperación del tribunal con el ocupante*

#### *3.2.1. Fundamento*

La cooperación que se requiere del ejecutado durante el plazo de garantía puede resultar de imposible o de difícil cumplimiento atendidas las circunstancias materiales u objetivas del caso (el ocupante carece de domicilio alternativo y de recursos, sufre algún tipo de enfermedad que dificulta su realojo o impide su

---

<sup>102</sup> Vid. segunda parte, capítulo segundo, § 3.2.3

<sup>103</sup> En este sentido, CONTIJOCHPRATDESABA califica dicha diligencia de «diligencia de entrega de posesión» (Contijoch Pratdesaba, Ramón «La reforma procesal de los juicios arrendaticios (Ley 19/2009, de 23 de noviembre)», *Revista jurídica de Catalunya*, 2010, núm. 2, pág. 516).

traslado, se presenta una coyuntura desfavorable en el mercado de vivienda, etc.). Una interpretación que quiera dotar de pleno sentido a la función de esta fase procesal, como fase de evitación de la diligencia de lanzamiento, requiere tener en cuenta las circunstancias en cada caso concurrentes asistiendo, en caso necesario, a aquellos ocupantes cuya situación y recursos les haga imposible cooperar en su propio desalojo sin un quebranto insoportable de sus derechos fundamentales vinculados a la vivienda.

La autonomía con que la actividad del ejecutado está concebida en esta fase del lanzamiento, no permite desconocer que se trata de una actividad desplegada en el marco del proceso y, por ello, sometida a las exigencias e imperativos del principio de proporcionalidad. Tal principio exige que el desalojo no se realice (ni siquiera por el propio ejecutado) a toda costa sino con los medios y garantías que permitan preservar los derechos en presencia. Es decir, la adopción de medidas que favorezcan la posibilidad de cooperación del ocupante en su desalojo es una exigencia de principio de proporcionalidad: de nada sirve otorgar al ocupante un plazo si durante su transcurso éste no puede hacer otra cosa más que esperar a que finalice. No es justo afirmar que el ocupante ha dispuesto de un plazo (como fundamento de una actuación más expeditiva del tribunal en la etapa posterior) si durante tal plazo ésta no nada ha podido hacer para resolver su situación habitacional o de otro tipo vinculada a la vivienda.

Por otra parte, la actitud pasiva del tribunal que dejase al ejecutado «a sus propios medios» sabiendo que estos no le permiten abandonar el inmueble será un tiempo perdido para el desarrollo de la ejecución, lo que repercutirá en la exigencia de tutela dentro de un plazo razonable: el acreedor no obtiene de la espera más que un retraso en su satisfacción que apenas beneficia al ocupante que durante el mismo no se procura (porque no puede) los medios que le permitan humanizar su desalojo. No tendría sentido esperar a que finalice el plazo otorgado para que, una vez desplazada la comisión judicial al inmueble, ésta se deba interrumpir la diligencia iniciada al constatar que los derechos fundamentales de los ocupantes van a verse lesionados por carecer de medios y alojamiento con vulneración del principio de proporcionalidad.

Difícilmente se puede admitir que las medidas procedentes para la entrega del inmueble al acreedor sin dilaciones indebidas y con respeto a los derechos fundamentales del demandado que le exige adoptar el art. 703.1 LEC puedan limitarse durante la fase de preparación y evitación de la diligencia a mantenerse completamente al margen de la situación del deudor incapaz de atender sus obligaciones de abandono del inmueble.

Se trata, en cambio, de reinterpretar la versión clásica del periodo que consideraba el plazo de gracia o humanidad como una etapa *extra-ordinem* que interrumpe u obstaculiza la verdadera ejecución forzosa (la diligencia de lanzamiento) para considerarla una verdadera etapa procesal, plenamente funcional a los intereses de la ejecución lo que requiere evitar dilaciones innecesarias y, simultáneamente, garantizar la máxima protección (optimización) de los derechos fundamentales afectados por la ejecución. Dicha función puede requerir, en algunos casos, el despliegue de aquella actividad de oficio que permita al ejecutado el cumplimiento de sus obligaciones legales (y con ello la satisfacción del ejecutante anterior a la diligencia) facilitando su acceso a los medios de los que carece. Se daría así cumplimiento simultáneo<sup>104</sup> al derecho del ejecutante a la tutela efectiva y a la propiedad (al favorecer el tribunal el abandono del inmueble) al tiempo que se facilitaría la realización de los derechos fundamentales vinculados a la vivienda de los que es titular el ejecutado (la integridad física y la salud, la vida privada, la vida familiar o la intimidad)<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> Precisamente, en tal simultaneidad se muestra la proporcionalidad»

<sup>105</sup> BURKHARD afirma que los sistemas modernos de ejecución consideran a los agentes de la ejecución como intermediarios entre los acreedores y los deudores que deben favorecer acuerdos amistosos entre las partes; deben, asimismo, evitar la exclusión social de los deudores. Considera el autor que se trata de una tendencia general. Señala los casos de Austria y Alemania que han realizado reformas legales para facultar a los agentes a que animen a las partes a que lleguen a un acuerdo (806.b y 900(3) ZPO; 25-25d, 45ª EO). También se acude al intento de conciliación previo al embargo de ingresos en Francia (Hess, Burkhard, «Comparative Analysis of the National Reports, en AA.VV., *Enforcement Agency Practice in Europe*, 2005, cit., pág. 42); en España se contempla la posibilidad de negociación en los procesos de ejecución dineraria pero no se atribuye al tribunal una función expresa en el logro de un acuerdo (como si ocurre en la fase de declaración). Según BURKHARD la mediación tiene más éxito si se realiza por los agentes de la ejecución en la propia casa del deudor. La búsqueda de mecanismos de mediación y conciliación en la fase de ejecución también ha sido destacada en el seno del Consejo de Europa cuya Comisión para la Eficacia de la Justicia aprobó en diciembre de 2009 las *Directrices para mejorar la aplicación de las recomendaciones ya existentes del Consejo de Europa sobre ejecución* [Rec. (2003)17 y Rec. (2003)16] según las cuales «Los procesos de ejecución deberían ser lo suficientemente flexibles como para permitir que los agentes encargados de la ejecución dispongan

La información sobre la situación real del ocupante (personal, familiar, económica, jurídica...) y del contexto en que éste se desenvuelve (situación de crisis inmobiliaria, de crisis económica, tiempo atmosférico...), la selección acorde con estas circunstancias del plazo más oportuno (constreñido, en este punto, por el rígido sistema establecido en el art. 704.1 LEC), la procura, por iniciativa y bajo la dirección judicial, de los medios públicos adecuados para que pueda realizarse el desalojo en el plazo indicado sin detrimento de los derechos fundamentales relativos a la vivienda de los ocupantes, son consideraciones y actividades de las que el órgano jurisdiccional no puede desentenderse. En este sentido, recordamos el 53.3 CE establece el carácter informador que para la práctica judicial (en este caso, la derivada de aplicar los arts. 699 y siguientes LEC y, en particular el art. 703.1 LEC que obliga a tribunal a adoptar las medidas que sean procedentes) deben tener los derechos reconocidos en el capítulo tercero del título primero, entre los que se cuenta el derecho a la vivienda, mientras que el art. 53.1 CE establece la vinculación de los poderes públicos a todos los derechos fundamentales comprendidos en el capítulo 2 de dicho título, vinculación que debe entenderse no sólo a las reglas sino también a los principios que se derivan de los mismos<sup>106</sup>.

---

de un margen de actuación que les permita llegar a acuerdos con los demandados en aquellos casos en que exista consenso entre demandante y demandado. Tales acuerdos deberían quedar sometidos a control para asegurar la imparcialidad de los acuerdos y la protección de los intereses de los demandantes y de los terceros. La función de los agentes debería quedar claramente determinada por normas nacionales (por ejemplo, su grado de autonomía). Pueden, por ejemplo, asumir una función de “mediador post-judicial” durante la fase de ejecución» (CEPEJ(2009)11REV2, § 8).

<sup>106</sup> En este sentido, durante la tramitación parlamentaria de la ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios, los parlamentarios críticos con las reformas agilizadoras de los desahucios y lanzamientos que contenía el proyecto se oponían a ellas no tanto por la inadecuación de las medidas en sí mismas consideradas como por la falta de medidas de acompañamiento que mitigasen sus consecuencias. Sus propuestas alternativas, sin embargo, o no se concretaron siempre en enmiendas o éstas no se referían al régimen del proceso de ejecución. Esta falta de claridad y convicción en las posibilidades del régimen propio de la ejecución forzosa para articular un lanzamiento acorde con las exigencias del Estado Social y Democrático de Derecho influyó probablemente en que apenas se presentasen enmiendas en el sentido de regular la ejecución, de modo que se potenciase y facilitase en la misma la intervención de las Administraciones Públicas.

El Diputado Sr. HERRERA TORRES durante el debate inicial en la Comisión de Justicia del Congreso (que actuaba con competencia legislativa plena) defendió algunas enmiendas destinadas a evitar los impagos mediante la creación de fondos de ayuda a los inquilinos, así como la necesidad de matizar las consecuencias del incumplimiento para que no condujeran inevitablemente al desahucio de éstos: «[...] no tiene que haber lugar a una resolución del contrato de arrendamiento por falta de pago de rentas en determinados casos. Por ejemplo, cuando uno o más miembros de la unidad familiar



arrendataria de la vivienda se halla en situación de desempleo y no perciba el correspondiente subsidio o cuando la cantidad percibida, sumada a los ingresos de la unidad familiar, resulte inferior al triple del precio de la renta; parecería razonable que cuando se proclama la sensibilidad social esto se incorporase a la ley» (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, núm. 327, de 25 de junio de 2009, págs. 4 y 5).

El Senador Sr. BOFILL ABELLÓ, en nombre del Grupo Parlamentario *Entesa Catalana de Progres*, reconocía la incapacidad de las enmiendas presentadas para ofrecer soluciones, afirmando: «Nos encontramos en una situación de crisis, con casi cuatro millones de parados, y no se puede considerar que todos los casos de impago estén relacionados con gente que esté empleando la picaresca respecto al alquiler, aprovechando los agujeros legales que hoy estamos intentando corregir. Eso quiere decir que, al margen de esta ley, hay un tema de fondo que hay que abordar, que es el problema de la vivienda en esta situación de crisis y las leyes sociales. Creo que esta ley podría tener contenidos sociales y, aunque no es una ley social, dado que aborda el problema de la vivienda, inevitablemente tendrá contenidos sociales que se podrían haber incorporado para tener en cuenta justamente los casos de personas que están en crisis. Lo que sí es cierto es que hubiésemos entrado en terrenos que no competen propiamente a la Comisión de Justicia, que se ocupa principalmente de cuestiones relacionadas con los procedimientos judiciales, los contratos, etcétera; y, seguramente, hubiera sido necesario hacer otras consideraciones que hubieran abarcado otros ámbitos, pero es evidente que a veces hay que elaborar alguna legislación de carácter transversal, máxime cuando el Gobierno además no se priva de presentar cualquier enmienda sobre cualquier tema en cualquier ley, de manera que esta podría haber incorporado otras cuestiones que se han sugerido. Hay que reconocer, sin embargo, que las enmiendas propuestas dejaban que desear si tal era su percepción de la situación».

También en nombre del Grupo Parlamentario *Entesa Catalana de Progres*, el Senador GUILLOT MIRAVET sostenía :«[...] Facilitando y agilizando los desahucios, ¿realmente conseguiríamos fomentar el alquiler? Lo dudo. Lo que sí es indudable es que en las actuales circunstancias sociales y económicas una ley de este tipo puede ser un factor de mayor exclusión, pobreza y sufrimiento social. [...]. El objetivo principal de esta ley es agilizar los desahucios en lo formal; en lo real todo el mundo sabe que la agilización de los desahucios depende de la agilidad de los juzgados. Se endurece el desahucio. Si no pagas, fuera. ¿Esta es la prioridad en estos momentos? ¿Esta es la prioridad con casi cuatro millones de parados? ¿Esta es la prioridad con cientos de miles de personas que no cobran ningún subsidio? No. Hay una falta de oportunidad legislativa a la hora de plantear en estos momentos una ley de estas características. [...] Creo que no somos conscientes de en qué circunstancias vamos a aprobar esta ley, qué efectos va a poder tener esta ley y cómo los podremos gestionar luego. Habría sido mucho más oportuno, desde la plena conciencia de que los impagos están creciendo y van a seguir creciendo fruto de la crisis económica, establecer un fondo público para garantizar el pago de los alquileres bajo determinadas condiciones y así poder garantizar los derechos del arrendador y el derecho inequívoco del arrendatario a tener una vivienda. Y tampoco creo que sea de recibo que en la disposición adicional primera de esta ley, se dediquen cinco líneas a hablarnos de los sectores con baja capacidad económica y alta vulnerabilidad social para decirnos que se les prestará una especial atención. Lo primero debería haber sido ver cómo podemos garantizar a esos sectores crecientes de baja capacidad económica y alta vulnerabilidad social los recursos necesarios para poder afrontar los alquileres y para poder tener acceso a una vivienda, y a partir de ahí hablar de agilizar los desahucios. Si no, el mensaje es muy claro. Los impagos van a crecer y habrá más dificultades para cobrar alquileres. Por ello, ¿qué voy a hacer? Agilizar la capacidad para poder ejecutar los desahucios. Lo justo habría sido, insisto, habilitar primero estas medidas y luego hablar de la agilización de los desahucios. Creo que también sería oportuno en una realidad como en la que estamos y en un tipo de ley como esta poder adoptar medidas como la que, por ejemplo, se ha aprobado en Francia. En la Francia de Sarkozy existe algo que se llama la tregua invernal, que prohíbe la ejecución de ningún desahucio desde el 1 de noviembre hasta el 16 de marzo. Aquí ni eso; aquí estamos tentados, motivados, a agilizar -insisto- una figura que realmente va a afectar, no por picaresca sino por

condiciones económicas cada vez más difíciles, a los sectores más débiles, más frágiles de nuestra sociedad» (Diario de Sesiones del Senado, Pleno, núm. 57, de 21 de octubre de 2009, págs. 2703 y 2704).

El representante del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de *Convergència i Unió*, el senador CASAS.IBEDÓS, apoyando el proyecto de ley (que procedía de la refundición de la proposición catalana y el proyecto socialista de 2008: vid. supra, nota 10), destacaba la impropiedad de la ley procesal para acoger medidas de carácter social: «Es verdad que tenemos un gravísimo problema de vivienda en España y que muchas familias no pueden pagar el alquiler. Pero no se trata de dar un apoyo más a los propietarios ante esta situación, sino de actuar en distintos frentes: en política fiscal, en ayudas económicas, en seguridad jurídica —es lo que hemos hecho hoy— y, efectivamente, en políticas activas en materia de vivienda, que es lo que no se está haciendo. Por eso, senador Guillot, compartiendo su preocupación, le insisto en que, como hace nuestro grupo, forcemos al Gobierno para que actúe en el campo fiscal, en ayudas económicas y en una política activa en serio en materia de vivienda. No es posible que en una crisis tan grave como la que atraviesa este país, en parte provocada por la vivienda y cuando todo el mundo sabe que mientras que exista un parque de un millón de viviendas vacías no saldremos de este agujero, estemos mirando para otro lado. Esto es lo que no puede ser. Por tanto, hay que exigir al Gobierno.[...]. Se trata de poner todo sobre la mesa: parque de viviendas vacías, necesidad de que este parque se ponga en circulación, etcétera. [...]. Evidentemente, nos podemos pasar meses y meses esperando, mientras que el problema seguirá estando encima de la mesa y repercutirá negativamente sobre la situación económica y sobre las clases sociales con más dificultades para seguir adelante. Por tanto, compartiendo esta preocupación y aprovechando que estamos manteniendo un debate en el que también estamos hablando de la vivienda, pediría que pusiéramos todo sobre la mesa, en serio: construcción, qué hacer con el parque de viviendas vacías, cómo ayudar de verdad a las familias que más lo necesitan y qué tipo de estímulos fiscales desarrollamos para que el alquiler sea una práctica habitual, no una excepción en nuestro país» (DS. Senado, IX Legislatura, Pleno, núm. 56, de 21 de octubre de 2009).

En el Congreso se reiteran los mismos razonamientos críticos del Senado, ahora mediante el discurso del Sr. Diputado del Grupo Parlamentario *Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds* don Joan HERRERA TORRES: «Entendemos que necesitamos más garantías para el titular de la vivienda a quien lo que le sucede es que no le pagan. Por supuesto que sí. Pero esas mayores garantías tienen que venir de la mano de fondos del Estado para garantizar que eso no ocurra. Entendemos a su vez que allí donde el desahucio se produce con los tiempos apropiados esto no ha supuesto un incremento de las políticas de vivienda. Les pongo el ejemplo del funcionamiento de los juzgados en la ciudad de Barcelona, donde el desahucio se ha producido con tiempos razonables y este factor no ha supuesto precisamente un incremento en el acceso a la vivienda. Nosotros decimos que lo que hacemos hoy es aprobar una medida que puede dejar en la calle a mucha gente y que puede hacer que esta gente que se queda en la calle se quede sin colchón social alguno. En el debate de totalidad de esta ley don PERE MACIAS decía que no habrá problema porque en definitiva estas personas donde tienen que ir es al parque público de vivienda; ese parque público de vivienda que quizá exista en el país imaginario del señor Macias pero que no existe hoy en la España real. Por eso decimos que este proyecto de ley llega en el peor de los momentos. Y no sé si en la legislatura anterior tenía mucho sentido, pero lo que decimos es que en esta legislatura precisamente es un atentado. Sí, es un atentado a la mínima sensibilidad social. Se puede y se debe legislar para dar garantías al propietario, pero se debe garantizar que aquellas personas que entran en una situación de paro y, por lo tanto, en una situación de riesgo de exclusión social, no vean agravada su situación. Hoy el riesgo de exclusión social no es un relato ni un discurso, es una realidad señoras diputadas y señores diputados. La pregunta es: ¿Qué garantía han introducido en esta ley para que esto no pase? No he visto ninguna, ninguna. Y lo que he visto es que avanzábamos en esta línea» (Congreso, DS. de Pleno, núm. 118, de 29 de octubre de 2009, págs. 25 y 26).

También se reitera en el Congreso la defensa al proyecto como impropio para medidas sociales. El representante de CiU en el debate en el Pleno del Congreso —SR. JANÉ I GUASCH—,

### 3.2.2. Sujetos a cargo de las medidas.

Gran parte de las actuaciones a realizar en esta fase procesal (también en la siguiente) corresponderán, en último término, a diversas Administraciones Públicas, según el vigente reparto constitucional y legal de competencias (materias de vivienda, salud, servicios sociales, menores...), pero dicha actuación administrativa será consecuencia del ejercicio de la jurisdicción, ordenada por el tribunal y subordinada al éxito y regularidad del proceso de ejecución; es decir, la intervención de la Administración pública en el proceso será el ejercicio indirecto de la jurisdicción mediante el ejercicio directo de potestades administrativas. En efecto, las Administraciones Públicas competentes y, por ello, especializadas (fundamentalmente en la atención a las situaciones sociales de necesidad), son las que disponen (o deben disponer, si bien en diverso grado en función de las opciones presupuestarias del legislador sobre la distribución de recursos) de los medios materiales y de las técnicas apropiadas que pueden coadyuvar al desalojo del ocupante en el plazo indicado sin menoscabo de sus derechos fundamentales; pero su actuación debe producirse a instancia y con supervisión del tribunal (al amparo de los arts. 118 CE, 17.1 LOPJ y 149.6.<sup>a</sup> LEC). No creemos, en cambio, que el tribunal cumpla con la función que le impone el art. 53 CE en garantía de los derechos de los ocupantes limitándose a notificar a las Administraciones Públicas las necesidades del ocupante para luego desentenderse de la tarea administrativa efectivamente desarrollada por éstas y

---

afirmaba que «estamos en un momento de crisis económica, de graves angustias sociales, y los poderes públicos deben atender los supuestos de necesidad social que se den, como el de las personas que no pagan su renta de alquiler, no por capricho sino porque están en una situación desesperada; pero también es cierto que no debe exigírsele al propietario, porque a veces la propietaria es una viuda que tiene ese alquiler como complemento a su pensión de viudedad muy baja, que no cobre el alquiler. No, no, hay que garantizar el cobro del alquiler y, por tanto, el desahucio cuando no se pague, pero *también pedir a los poderes públicos que, a través de la asistencia social, tengan en cuenta la desesperación de muchas familias que pueden encontrarse en una situación límite*. Por tanto, no desconocer esta situación desesperada pero tampoco decir que esa desesperación la tenga que asumir el propietario de una vivienda en alquiler cuyo inquilino no paga, porque ese propietario lo que va a exponer al conjunto de la sociedad es que por qué alquiló su vivienda, que es mejor no alquilar, y así estaremos en ese círculo vicioso, en ese, repito, 11 por ciento de vivienda de alquiler en España frente al 40 por ciento de la Unión Europea. Esperemos que esta ley tenga sus resultados de justicia hacia aquellos que ven que sus rentas no se pagan y por tanto tienen un quebranto económico en sus propiedades, pero que dé también sus resultados en la ineludible dinamización del alquiler y en su necesario abaratamiento a partir de esa mayor oferta. Esperemos que ese desahucio más ágil sea también una garantía final para el conjunto de la ciudadanía» (Congreso, D.S. de Pleno, núm. 118, de 29 de octubre de 2009, págs. 26 y 27).

proceder *manu militari* el día señalado para la diligencia con la cooperación, ahora sí plenamente efectiva y bajo la dirección del tribunal, de la Administración de policía (policía judicial)<sup>107</sup>.

El fundamento para la sujeción de las diferentes Administraciones públicas a la solitud de cooperación por parte de un tribunal podemos hallarla tanto la CE como la LOPJ en cuanto sus normas reconocen este deber de cooperación de los poderes públicos con los tribunales. El art. 118 CE no distingue entre el carácter público o privado del destinatario de la obligación que establece: «Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y tribunales así como *prestar la colaboración requerida* en el curso del proceso y *en ejecución de lo resuelto*». Por su parte, el art. 17.1 LOPJ desarrolla esta norma señalando expresamente como destinatarios de la colaboración a «todas las *personas y entidades, públicas y privadas* [...]».

El art. 17 LOPJ exige que la colaboración se preste «en la forma que la ley establezca». El sistema de relaciones de colaboración entre los tribunales y la Administración pública está desarrollado con más claridad en el caso concreto de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pero no tanto por lo que respecta a otros sectores de la Administración<sup>108</sup>. Tal debilidad de cauces institucionales específicos de colaboración no debería ser obstáculo, bastando, ante tal defecto, con las normas genéricas existentes; es decir, los tribunales podrán, al menos,

---

<sup>107</sup> La visión clásica, automática y ajena a la realidad del ocupante, del mecanismo de lanzamiento queda resumida por CERRILLO QUILEZ en los años 50 cuando afirmaba que «la ejecución de sentencias de desahucio, en lo que respecta al lanzamiento no ofrece ninguna dificultad. Se percibe de lanzamiento al condenado si no desaloja la finca en el término que, según los casos, concede la Ley de Enjuiciamiento civil, y si no lo efectúa se le lanza» (Cerrillo Quílez, Francisco, «Ejecución de sentencias de desahucio», Pretor (Revista Técnica de Justicia Municipal), núm. 27 (1954), pág. 699).

<sup>108</sup> En las *Directrices para mejorar la aplicación de las recomendaciones ya existentes del Consejo de Europa sobre ejecución* [Rec. (2003)17 y Rec. (2003)16] adoptadas por la Comisión para la Eficacia de la Justicia en diciembre de 2009 se establece que «Todos los agentes que puedan llegar a tener implicación en los procedimientos de ejecución (policía, expertos, traductores, intérpretes, autoridades locales, aseguradores, especialistas en atención a la infancia, etc.) deberían tener definida su posición legal en la ejecución, de modo que puedan auxiliar adecuadamente a los agentes encargados de la misma cuando su colaboración sea requerida para ejecutar una sentencia. En particular, los trabajadores sociales deberían estar especialmente disponibles en los casos en que la ejecución afecte a niños o a otras personas vulnerables» (CEPEJ(2009)11REV2, § 16)

instar la cooperación de personas y entidades públicas cuando una determinada prestación (protección de menores, atención a la salud, protección de la seguridad y el orden públicos, servicios sociales...) ya se encuentren entre las competencias de la Administración pública cuya colaboración se reclama<sup>109</sup>. De modo que si un ciudadano particular puede invocar la intervención administrativa en un determinado sector (advirtiendo de la existencia de un grave riesgo para la salud o integridad física de otro ciudadano, para las condiciones de vida un menor o persona desvalida, etc.) desencadenando con ello el deber (la función, como parte de la potestad que rige las decisiones y actuaciones de la Administración pública) de intervención administrativa, al tribunal ejecutor debe corresponder también, aun con mayor razón e intensidad, el poder jurídico para instar igualmente dicha intervención y para insertarla en el marco de la actividad procesal. En el ámbito de la cooperación entre Administraciones públicas la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece en su art. 4 como principios de las relaciones entre las Administraciones Públicas el de «prestar, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras Administraciones pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias» (apartado 1, letra d) especificando que «la asistencia y cooperación requerida sólo podrá negarse cuando el ente del que se solicita no esté facultado para prestarla, no disponga de medios suficientes para ello o cuando, de hacerlo, causara un perjuicio grave a los intereses cuya tutela tiene encomendada o al cumplimiento de sus propias funciones. La negativa a prestar la asistencia se comunicará motivadamente a la Administración solicitante» (apartado 3), en tanto que el art. 18 de esta misma ley, bajo el rótulo «coordinación de competencias» señala en su apartado segundo que «las normas y actos dictados por los órganos de las Administraciones Públicas en

---

<sup>109</sup> Puede mencionarse, a modo de ejemplo que el art. 18 de la ley de la CA de Andalucía 1/1998 de 20 de abril de los derechos y de la atención al menor, atribuye a las Corporaciones Locales la aplicación de las medidas oportunas para atender a los menores en situaciones de riesgo, considerándose tales aquéllas en las que existen carencias o dificultades en la atención de las necesidades básicas, lo que incluye, lógicamente, la vivienda, siendo así que toda situación de riesgo conllevará la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención social individual y temporalizado que, en todo caso, deberá recoger las actuaciones y recursos necesarios para su eliminación.

el ejercicio de su propia competencia deberán ser observadas por el resto de los órganos administrativos, aunque no dependan jerárquicamente entre sí o pertenezcan a otra Administración». Podemos interpretar que al menos el mismo nivel de cooperación debe exigirse a las Administraciones públicas cuando es la Jurisdicción la que reclama su cooperación y sin necesidad de una norma específicamente destinada a este fin.

Las solicitudes de colaboración serán cursadas mediante los oportunos oficios (arts. 149.6.º y 167 LEC) y la Administración prestará la cooperación indicada según corresponda a sus competencias genéricas («en la forma que la ley establezca»), sin perjuicio de normas específicas que puedan elaborarse para la cooperación entre los tribunales y la Administración pública (*vid. infra*).

Determinados casos de cooperación de terceros con la Administración de Justicia, bien regulados en la LEC, ofrecen argumentos añadidos de carácter sistemático para admitir con normalidad la posibilidad de colaboración a la que nos estamos refiriendo. El art. 156.1 LEC prevé que el tribunal se dirija a Registros, *organismos*, Colegios profesionales, entidades y empresas para que proporcionen la información relativa al domicilio del demandado; se indica en estos casos que al recibir estas comunicaciones, «los Registros y *organismos públicos* procederán conforme a las disposiciones que regulen su actividad» (art. 156.1. II LEC). Es decir, que no se requieren normas específicas de actuación bastando que las Administraciones públicas actúen sus propias competencias y funciones. Por otra parte, el art. 590 LEC prevé que para la investigación judicial del patrimonio del ejecutado el tribunal pueda acordar, mediante providencia, dirigirse «a las entidades financieras, *organismos y registros públicos* y personas físicas y jurídicas que el ejecutante indique, para que faciliten la relación de bienes o derechos del ejecutado de los que tengan constancia» y el artículo 591 LEC establece el deber de colaboración de las entidades y personas a quienes se solicita tal información regulando el poder coercitivo del tribunal sobre los mismos<sup>110</sup>. No

---

<sup>110</sup> Según DÍAZ MARTÍNEZ este sistema proviene de la reforma operada en la LEC de 1881 por Ley 34/1984, de 6 de agosto, modificando el art. 1455 párrafo 3.º; reforma luego ahondada por la Ley 51/1997, de 27 de noviembre. Este segundo desarrollo de 1997 contaba, a su vez, con el

obstante, el art. 591 LEC, pese a su aparente generalidad, está ubicado en sede de embargo de bienes, por lo que una interpretación sistemática no nos permite llevarlo a otros ámbitos.

Podría pensarse que sin habilitaciones específicas tal como las contempladas en los artículos citados los órganos jurisdiccionales no pueden reclamar la cooperación de las Administraciones públicas. Ahora bien, hay que notar que las normas mencionadas habilitan la exigencia por los órganos jurisdiccionales de una cooperación que puede ser restrictiva del derecho a la intimidad de los ciudadanos lo que justifica la necesidad de una habilitación normativa específica. En cambio, la intervención solicitada en el marco de la fase de lanzamiento ha de ser en todo caso una intervención en plena correspondencia con las competencias ya existentes de las Administraciones Públicas requeridas y que, en general, corresponderán a actividades prestacionales y de fomento que de ningún modo van a restringir derechos de los afectados sino más bien todo lo contrario: van a permitir que su situación existencial no se vea desproporcionadamente perjudicada por la actuación ejecutiva. Por ello estimamos que la habilitación prevista en los arts. 17 LOPJ y 118 CE y la que se deriva de la ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común es suficiente para que el tribunal reclame la colaboración correspondiente.

Como hemos adelantado, la LOPJ prevé de modo expreso la relación de los tribunales con la policía (a estos efectos, policía judicial): arts. 547 a 550 LOPJ<sup>111</sup>.

---

precedente de la Ley de Procedimiento Laboral (Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, que aprueba el Texto Refundido). Para armonizar esta vía de colaboración con las normas tributarias, la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas incluyó un apartado en el art. 113 LAT. (letra h) según el cual los datos, informes y antecedentes obtenidos por la Administración Tributaria en el desempeño de sus funciones podrán, como excepción a su carácter generalmente reservado, ser cedidos o comunicados cuando la cesión tenga por objeto «la colaboración con los jueces y tribunales para la ejecución de las resoluciones judiciales firmes».

<sup>111</sup> Para MORALMORO, la limitación de la Policía Judicial a funciones de orden penal aparece ya corregida en la LOPJ en cuanto en el art. 445 se atribuye a la policía judicial la función de «auxilio a la autoridad judicial y fiscal en cuantas actuaciones deba realizar fuera de su sede y requieran de la presencia policial; la realización material de actuaciones que exijan el ejercicio de la coerción y ordenare la autoridad judicial y fiscal; cualesquiera otras de la misma naturaleza en que sea necesaria su cooperación o auxilio y lo ordenare la autoridad judicial o fiscal» de lo que deduce la autora que «[...] si bien el ámbito natural de actuación de la policía judicial es el penal, no es exclusivo, pudiendo actuar también en el proceso civil y especialmente en la ejecución» (Moral Moro, María José, *La subasta*

En particular, el art. 549 LOPJ establece entre las funciones de las unidades de policía judicial las de «auxilio a la autoridad judicial y fiscal en cuantas actuaciones deba realizar fuera de su sede y requieran la presencia policial» (letra c); «la realización material de las actuaciones que exijan el ejercicio de la coerción y ordenare la autoridad judicial o fiscal» (letra d); «la garantía del cumplimiento de las órdenes y resoluciones de la autoridad judicial o fiscal» y «cualesquiera otras de la misma naturaleza en que sea necesaria su cooperación o auxilio y lo ordenare la autoridad judicial o fiscal» (letra e); siendo cualquiera de estas normas amparo suficiente para la cooperación policial requerida en el lanzamiento. En el mismo sentido, la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (LO 2/1986, de 13 de marzo) establece en su art. 5.º, como uno de los principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el deber de «colaborar con la Administración de Justicia y auxiliarla» (apartado 1.e), para lo cual entre sus funciones se cuenta la de «velar por el cumplimiento de las Leyes y disposiciones generales, ejecutando las órdenes que reciban de las Autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias» (art. 11, 1.a); y con esta finalidad se regulan en los artículos 29 a 36 LOFCSE, las Unidades Orgánicas de Policía Judicial.

Las iniciativas legislativas que hasta la fecha han propuesto regular la colaboración entre los tribunales y la Administración pública en el ámbito del lanzamiento se han limitado a proponer la comunicación por el tribunal a la Administración de la circunstancia del lanzamiento, sin indicar el sentido de la intervención esperada ni controlar el resultado y alcance de la intervención. En esta línea pueden situarse las enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Catalán (CiU) al articulado de la LAU de 1994 por las que se permitiría la suspensión de la diligencia de lanzamiento cuando el juez considerase «que, de llevarse a cabo el lanzamiento, se puede producir una grave extorsión social, laboral o económica»; en cuyo caso el tribunal «deberá notificar a la autoridad competente en la materia las circunstancias apreciadas para que ésta tome las medidas oportunas y señalará dentro de los treinta días siguientes una nueva

---

*judicial de bienes inmuebles*, J. M.ª Bosch, Barcelona, 2000, pág. 133 y nota 84).



diligencia de lanzamiento que tendrá carácter definitivo e improrrogable»<sup>112</sup>. El mismo grupo parlamentario quiso —sin éxito— incorporar esta propuesta a la LEC de 2000<sup>113</sup>. Idéntica o similar propuesta normativa fue incluida en las sucesivas proposiciones de ley presentadas por CiU para la reforma de la LEC en materia de desahucio durante los años 2006, 2007 y 2008<sup>114</sup> (esta última,

<sup>112</sup> Enmienda n.º 359 en el Congreso (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso. V Legislatura. Serie II: Proyectos de Ley, n.º 54-11) y 185 en el Senado (BOCG. Senado. V Legislatura. Serie II: Proyectos de Ley, n.º 44 (e) de 23 de septiembre de 1994) para la modificación de la LEC de 1881 incorporando un artículo 1572 (ter) según el cual «[...] en el caso de que el Juez considere que, de llevarse a cabo el lanzamiento, se puede producir una grave extorsión social, laboral o económica, podrá suspender el acto. En este caso, deberá notificar a la autoridad competente en la materia las circunstancias apreciadas para que ésta tome las medidas oportunas y señalará dentro de los treinta días siguientes una nueva diligencia de lanzamiento que tendrá carácter definitivo e improrrogable». Se justificaba la enmienda afirmando «Establecer la intervención de la Autoridad administrativa competente para solucionar las graves situaciones que se pueden producir cuando se proceda al lanzamiento y, a la vez, garantizar el cumplimiento del mismo».

<sup>113</sup> Enmienda núm. 1.365; su texto literal lo reproducimos a continuación: «Sin perjuicio de lo previsto en el artículo anterior, desde el mismo momento de la sentencia firme y hasta el momento de iniciarse el lanzamiento, si el tribunal apreciase razonadamente que de ejecutarse en el término previsto se causaría un grave problema humano o social, podrá suspenderlo provisionalmente/Podrán instar dicha suspensión la parte demandada o cualquier otra persona que pueda tener el carácter de interviniente en el proceso, la Administración civil, o una entidad benéfica reconocida legalmente, o bien acordarse de oficio./En la misma resolución en que se acuerde la suspensión se señalará fecha y hora concreta para practicar la nueva diligencia de lanzamiento dentro de los treinta días siguientes y se notificará a las partes interesadas. Dicho señalamiento se considerará definitivo y bajo ningún concepto se suspenderá, salvo solicitud del actor./En el momento de suspender la diligencia, se acordará que se comunique de inmediato a la Administración civil la providencia acordada, a los efectos que pueda tomar las medidas oportunas en orden a la situación creada». (BOCG-Congreso de los Diputados, núm. A-147-9, de 26 de marzo de 1999, pág. 570). Según expresaba la justificación, como consecuencia de la suspensión «no debe sólo quedar perjudicado el arrendador, sino que tal hecho ha de ser asumido por la comunidad, representada por la Administración».

También presentó la enmienda núm. 1051 que proponía reconocer expresamente, en sede de intervención provocada (actual art. 14), el interés legítimo de la Administración civil y de las entidades con fines benéficos para intervenir en juicio de desahucio por falta de pago de la renta y la enmienda núm. 1058, que permitía expresamente que la enervación de la acción de desahucio (actual art. 22.4) la realizara la Administración civil o Entidades benéficas gozando de ciertos privilegios pues, según la norma propuesta, en tal caso «no será necesaria la efectividad del pago. Bastará el compromiso escrito presentado ante el Juzgado de hacerlo efectivo dentro del plazo de un mes» (BOCG-Congreso de los Diputados, núm. A-147-9, de 26 de marzo de 1999, págs. 485 a 487).

<sup>114</sup> Vid. supra capítulo primero, § 2.1., nota 10. Se propone añadir al art. 703 un apartado tercero, dividido en cinco párrafos, para regular el denominado «plazo de gracia» de un modo peculiar, permitiendo otorgar un segundo plazo siempre que se notificase la situación del ocupante a los Servicios Municipales: «En los casos en que la entrega de la posesión tuviese como causa la resolución del contrato de arriendo por falta de pago de las rentas o cantidades debidas al arrendador y la vivienda fuese la habitual del ejecutado o de quienes de él dependan, no regirá lo previsto en el apartado 1, y el plazo de desalojo será el que previamente se hubiese fijado al tramitarse el juicio correspondiente, sin prórroga alguna

Sin embargo, por motivos humanitarios, podrá el demandado, o un tercero en su nombre,

antecedente inmediato del proyecto de ley que terminaría siendo la Ley 19/2009, de 23 de diciembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios), así como a través de enmiendas presentadas al proyecto de ley de 2008<sup>115</sup> (luego transformado en el proyecto que terminará siendo la ley 19/2009, recién citada). Con estas enmiendas se aspiraba a suprimir el plazo de concesión reglada y *ex lege* contemplado en el art. 704.1 LEC por la concesión, circunstanciada y fundada en «motivos humanitarios», de un plazo de un mes de duración, «notificando de inmediato la resolución procedente a la Administración Municipal de la población para que tome las medidas oportunas de asistencia al ejecutado como consecuencia de la situación creada». En este sentido, se ha legislado en países de nuestro entorno<sup>116</sup>. Se trata,

---

solicitar la suspensión del lanzamiento señalado. De estimarlo el Juez, otorgará la suspensión y señalará día y hora de lanzamiento para antes del mes siguiente de la fecha del lanzamiento suspendido y notificando de inmediato la resolución procedente a la Administración Municipal de la población para que tome las medidas oportunas de asistencia al ejecutado como consecuencia de la situación creada.

La suspensión podrá interesarse y acordarse en cualquier momento desde la firmeza de la sentencia hasta el mismo momento del lanzamiento. No se concederá ninguna otra prórroga.

El Juez de oficio y por los mismos motivos podrá acordar la suspensión cumpliendo los anteriores requisitos.

Se presumirá que los convivientes en la vivienda tienen relación de dependencia con el demandado, y la ejecución les alcanzará sin necesidad de notificación expresa a los mismos»

Vid. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B (proposiciones de ley), núm. 245-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 8, para la proposición de ley de 2006; Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, Serie III-A (proposiciones de ley del Senado), número 50 a), de 1 de febrero de 2007, pág. 8, para la proposición de ley de 2007; Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie B (proposiciones de ley), núm. 28-1, de 11 de abril de 2008, pág. 8, para la Proposición de ley de 2008.

Como puede comprobarse, la notificación a las Administraciones no preveía la subordinación de éstas al tribunal ni siquiera su coordinación. Dicha desvinculación absoluta de tareas del Estado no es acorde con la función del proceso de ejecución como mecanismo de realización justa (dotada de garantías de acierto y eficacia) del Derecho. Entendemos que es parte de la función jurisdiccional garantizar la proporcionalidad en la tutela de los derechos que ante ella se invocan sin que pueda desentenderse de algunos de ellos por la sola razón de existir autoridades con competencia en la materia. En todo caso esta notificación desaparece del proyecto de ley de 2009 que apoyarían tanto CiU como el Grupo Socialista

<sup>115</sup> Enmienda (n.º 68) con el mismo contenido de sus proposiciones anteriores (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A (proyectos de ley), núm. 16-6, de 20 de marzo de 2009, págs. 37).

<sup>116</sup> En Portugal, el apartado 6 del art. 930 del Código Procesal Civil portugués (*Código de Processo Civil, Decreto-Lei n.º 44129, de 28 de Dezembro de 1961*, en redacción dada a dicho artículo por *Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro* —Diário da República-I-Serie-A- n.º 41, de 27 de Fevereiro de 2006—) bajo la rúbrica «*Desocupação de casa de habitação principal*» establece, para el caso de que se susciten serias dificultades para el realojo del ejecutado, que el encargado de la ejecución lo comunique anticipadamente a las autoridades municipales y a las entidades asistenciales competentes.

En Francia, según el art. L-412.5 del *Code des procédures civiles d'exécution* el *buisserie de justice* desde

en todo caso, de medidas muy modestas de coordinación con los órganos administrativos y no de los mecanismos que por nuestra parte consideramos exigibles: el ejercicio de competencias administrativas por cuenta de la jurisdicción, de modo que sea el tribunal encargado de la ejecución el órgano que reclame y supervise la adecuación a los fines de la ejecución de la colaboración reclamada y efectivamente prestada por las Administraciones Públicas en el curso del lanzamiento.

En cuanto a las unidades y funcionarios de la oficina judicial (o de las unidades vinculadas a la oficina como son las unidades administrativas) a las que corresponde un papel preponderante en la coordinación entre los tribunales y las Administraciones Públicas especializadas, así como de las técnicas previstas para

---

el momento mismo de la orden de desalojo de la vivienda debe informar al representante del Estado en el Departamento de la petición del ocupante de ser realojado para que ésta pueda ser gestionada por el plan de vivienda para personas necesitadas del Departamento prevista en la Ley para el derecho a la vivienda (ley núm. 90-449, de 31 de mayo de 1990 *visant à la mise en oeuvre du droit au logement*); esta ley establece (art. 2) que el plan departamental debe dar prioridad a las personas y familias amenazadas de desalojo (entre otras categorías que incluyen también las personas sin hogar y las que habiten en viviendas inadecuadas).

Algunos países, conscientes del mayor gasto que representa el realojo frente a la ayuda económica para hacer frente a la renta atrasada, la notificación a las autoridades administrativas encargadas de las prestaciones sociales está orientada a otorgar a ayudas económicas a los arrendatarios para la enervación o rehabilitación de los contratos. En Alemania, «el tribunal competente para el juicio de desahucio por falta de pago debe comunicar su pendencia a los organismos competentes para otorgar prestaciones sociales o ingresos mínimos para demandantes de empleo (oficinas de empleo); asimismo, los funcionarios competentes para la ejecución judicial (*bailiff*) deben comunicar a los servicios sociales los lanzamientos señalados. La función que subyace a estas normas es proporcionar a los inquilinos morosos consejo y apoyo [en el pago de rentas impagadas...] si hay menores implicados en riesgo de quedar sin hogar, la administración competente debe realizar una visita al domicilio, pero esto no es habitual en otros casos» (vid. STENBERG, Sten-Åke; VAN DOORN, Lia y GERULL, Susann, «Locked out in Europe: A Comparative Analysis of Evictions Due to Rent Arrears in Germany, the Netherlands and Sweden», *The European Journal of Homelessness*, vol. 5.2, diciembre, 2011, págs. 52).

En Suecia, desde 1978, se impuso a los arrendadores «la obligación de comunicar a los servicios sociales de su localidad la notificación de desalojo dirigida a sus arrendatarios una vez el agente judicial (*bailiff*) ha fijado fecha para el desalojo [...] de acuerdo con la ley sueca de servicios sociales los hogares cuyos titulares carecen de ingresos para mantenerse a sí mismos o a sus familias deberían tener acceso a prestaciones sociales. Si el titular del hogar solicita ayuda económica para pagar sus atrasos, un trabajador social lleva a cabo una investigación para decidir si en dicho hogar había o no los medios para pagar la renta al tiempo que debía haberlo hecho; si determina que carecía de medios para ello en dicho momento o que circunstancias especiales como enfermedad le impidieron hacer los pagos, pueden recibir ayuda económica para pagar las rentas atrasadas [...] A menudo, sin embargo, la gravedad de las consecuencias que se puedan derivar de no pagar los atrasos (como el desalojo de familias con niños) es lo que determina la ayuda económica», en cambio, «Si una familia con niños es desalojada, los servicios sociales suelen intervenir pero no existen normas que les obliguen a ello» (*ibídem*, pág 54 y 55)

ello (incluyendo los protocolos e instrucciones) nos ocuparemos con algún detalle en un apartado posterior.

### 3.2.3. *Contenido*

Las medidas de cooperación con el ejecutado que las distintas Administraciones Públicas pueden desarrollar en esta fase del proceso dependerán de las circunstancias que concurran en cada caso, tanto las personales del ocupante u ocupantes como la de su entorno social y económico. Sin embargo, el conocimiento de tales condiciones antes de la diligencia de lanzamiento dependerá bien de que ya hubieran sido tenidas en cuenta o, al menos, se hubieran puesto de manifiesto durante en el proceso declarativo precedente, bien de que sean conocidas e invocadas por el demandante, o alegadas por el demandado. No obstante, sugerimos la posibilidad de que también en esta materia el tribunal pueda realizar, de oficio o a instancia de parte, determinadas diligencias (incluido el desplazamiento a la vivienda de la comisión judicial o la encomienda de esta tarea a alguna Administración Pública —por ejemplo, la policía local—) para obtener *in situ* la información necesaria que permita determinar la necesidad de cooperación con el ejecutado para facilitar su desalojo (*vid. infra*).

Las medidas de cooperación pueden consistir en una mera información a los ocupantes sobre los recursos (públicos o privados) disponibles para subvenir las distintas necesidades que pueden surgir del lanzamiento. Recordemos que según los órganos encargados en el ámbito internacional de la vigilancia y supervisión del cumplimiento de los tratados internacionales sobre derechos humanos, el órgano público encargado del lanzamiento debe informar a los ocupantes de los recursos asistenciales que, minimizando la repercusión del desalojo en los derechos relativos a la vivienda (tanto la repercusión instantánea ocasionada por el propio desalojo, en cuanto tal acto traumático, como la ulterior repercusión, de efecto más permanente, derivada de la privación de vivienda), faciliten su abandono del inmueble (ONU: OG núm. 7, § 15.a) y b); CDS: caso IM ATD-FW contra Francia, §§ 72 y 73)<sup>117</sup>. Junto a la información sobre recursos a los que el

---

<sup>117</sup> El estudio realizado por PARDAL HERNÁNDEZ, y FERNÁNDEZ MARTÍNEZ sobre la realidad social y humana que comportan los desahucios (estudio realizado sobre una muestra de 160

ejecutado puede acceder por sí mismo (bien por tener un derecho público a los mismos —prestaciones sociales—, bien por tener un derecho privado —derecho de alimentos entre parientes, por ejemplo—, bien por ser ofrecidos por terceros —solidaridad social por organizaciones caritativas y solidarias, por ejemplo—), las Administraciones públicas pueden elaborar programas de intervención (con frecuencia se tratará de incluir a los ocupantes en programas ya existentes a cargo de dichas Administraciones públicas) que maximicen los recursos disponibles tanto del ocupante como de las administraciones intervinientes con vistas a favorecer que el desalojo se realice con la máxima premura pero en condiciones de respeto a sus derechos fundamentales, estableciendo, por ejemplo, calendarios precisos de actuaciones así como compromisos igualmente precisos que permitan el desalojo en el tiempo estipulado. Dichos programas, formando parte de la ejecución forzosa, deberían ser conocidos por el tribunal tanto en su calendario de implementación, duración y resultados.

Las medidas que se pueden adoptar en este momento son en todo caso de cooperación pues no puede existir coerción o constreñimiento (así lo impide la naturaleza de esta etapa procesal y la función plazo de garantía que la ampara). Ahora bien, la negativa de los ocupantes a aceptar los medios o programas que se les ofrezcan (albergues, viviendas de acogida, plazas en hospitales, gestión de

---

sujetos afectados por futuros lanzamientos a cargo del Servicio Común de Notificaciones y Embargos de los Juzgados de 1.<sup>a</sup> Instancia de Madrid) detectaba, entre otros datos, que un 63 % de dichos sujetos atravesaba una precaria situación económica (no en vano un 65 % de los lanzamientos provenía de desahucios por falta de pago y un 10 % de procedimientos de ejecución hipotecaria), un 60 % no disponía de recursos ni económicos ni sociales para solucionar la situación en la que se encontraban (un 35 % desconocía incluso los recursos que ofrecían los servicios sociales); un 54 % había visto alterada su situación familiar llegándose a plantear la separación de los cónyuges como última solución a su problema de vivienda; un 31 % padecía problemas de salud (cardiovasculares, reumáticos, artrosis, depresión, etc.); un 7 % tenían entre 66 y 80 años. Las autoras elaboraban con los datos obtenidos un perfil del afectado por el lanzamiento: una familia formada por dos cónyuges con edad media de 46 años, con 2 hijos, nivel de estudios primario, profesión no cualificada y sin empleo estable, cuya situación jurídica provenía de no haber pagado los gastos de alquiler y haber sido demandados por falta de pago; ante el apercibimiento de lanzamiento habrían recurrido a la Junta Municipal de Distrito y a Cáritas solicitando ayuda económica y social; sufrían cuadros de depresión y ansiedad habiendo perdido la esperanza de solucionar su situación. Subjetivamente, destacan las autoras, que un 24 % de los afectados calificaba su situación como injusta al deberse su situación no a su mala fe sino a la carencia de recursos y requerían de la Administración una mayor atención y que posibilitase soluciones anteriores al lanzamiento (Pardal Hernández, María Yolanda y Fernández Martínez, Silvia, *Incidencia de las resoluciones judiciales en el desalojo de vivienda*, Servicios de Publicaciones, Biblioteca, Decanato de los Juzgados-Madrid, Madrid, 1996, págs. 163 a 169).

pensiones o ayudas, etc.) será inevitablemente tomado en consideración al valorar la situación en que queda el ocupante frente a la actividad ejecutiva una vez terminado el plazo de garantía. El otorgamiento de la prórroga ex art. 704.1 LEC podría subordinarse, por ejemplo, al cumplimiento de los compromisos asumidos por el ocupante.

### 3.3. Medidas cautelares.

#### 3.3.1. Concepto y naturaleza.

El art. 700 LEC prevé la adopción durante la etapa previa a la diligencia de lanzamiento de medidas susceptibles de garantizar el buen término de la ejecución iniciada. Este artículo ampara dos tipos de medidas; en primer lugar, medidas cautelares reales de embargo o caución sustitutoria, dirigidas tanto a cubrir los gastos del juicio como, eventualmente, a garantizar la satisfacción genérica del acreedor mediante una indemnización pecuniaria en caso de imposibilidad de cumplimiento específico; en segundo lugar, medidas cautelares indeterminadas destinadas a hacer efectiva la prestación específica. Ambos tipos de medidas están recogidas en la alusión legal a «las medidas de garantía que resulten adecuadas para asegurar la efectividad de la condena»<sup>118</sup> contenida en el párrafo primero del artículo, si bien las medidas de embargo y caución son objeto de consideración específica en los párrafos segundo y tercero.

Las medidas cautelares reales de embargo y caución están reguladas de modo expreso, es decir, son medidas típicas (hecho que quizá explica que sólo estas medidas sean mencionadas en la rúbrica del artículo: «embargo de garantía y caución sustitutoria») mientras que el resto de las medidas no se han regulado expresamente: se trata de medidas innominadas o indeterminadas. Por consiguiente, la rúbrica del artículo 700 LEC resulta imprecisa en cuanto las

---

<sup>118</sup> Esta norma obedece a la misma *ratio legis* que la regla 11.<sup>a</sup>, del art. 727 que permite las medidas cautelares innominadas en el seno del proceso cautelar al afirmar que el tribunal pueda acordar: «Aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio».

medidas cautelares cuya imposición autoriza no se limitan a las que expresamente menciona. Las medidas innominadas en garantía de la ejecución pueden ser, en nuestra opinión y por lo que respecta al lanzamiento, todas aquellas necesarias para que el transcurso del plazo de garantía no perjudique las posibilidades de una ulterior realización eficaz de la diligencia de lanzamiento.

La naturaleza de las medidas cautelares contenidas en el artículo 700 LEC se puede calificar de «especial»<sup>119</sup>. Por una parte, como es propio de las medidas cautelares, sirven para otorgar al demandante una tutela jurídica distinta de la principal (la tutela ejecutiva solicitada en la demanda de ejecución) e instrumental de la misma, de ahí su carácter provisional<sup>120</sup> hasta que el proceso satisfaga la pretensión principal (la pretensión ejecutiva de entrega posesoria del inmueble). Por otra parte, a diferencia de las medidas cautelares ordinarias, las medidas del art. 700 LEC no obedecen a un *fumus boni iuris* entendido como mera apariencia de un derecho aún no determinado o declarado pero en curso de serlo, sino que obedecen a la presunción que se deriva de un título ejecutivo respecto a la existencia y vigencia del derecho de acción al que sirven; en este mismo sentido, el *periculum in mora* que requieren las medidas cautelares también se presume en

---

<sup>119</sup> Así ORTELLS, quien afirma que «para satisfacer esa necesidad se hubiera podido utilizar la tutela cautelar [...] exigencia de los presupuestos de apariencia de buen derecho y de caución, de concretos riesgos para la efectividad [...] Me inclino por la naturaleza cautelar especial [...] esta calificación puede aportar a la aplicación de este precepto toda la práctica que se desarrolle en materia de medidas cautelares (en el sentido de efectos de las mismas)» (Ortells Ramos, Manuel, *La ejecución de condenas no dinerarias...*, 2005, *cit.*, págs. 85 y 86). También FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, para quien el embargo de bienes del 700 II «es cualitativamente distinto del embargo ejecutivo y al embargo preventivo —en realidad viene a estar entre ambos— [...] El precepto del art. 700 (que proviene del art. 923 II de la LEC der 1881) es amplísimo, útil [...] y expresivo de “temores” del Legislador. Porque lo que se pretende con este embargo no es asegurar “lo principal” de la ejecución, sino la efectividad de una hipotética condena pecuniaria de carácter subsidiario, que la LEC autoriza a imponer cuando no sea posible ejecutar in natura la condena que contiene el título ejecutivo (701.3, 702.2, 708.2 II, 709, 710). Por esto, y porque puede ser sustituido por una fianza cabe calificar este embargo de “cautelar”, hasta que sea necesario —si lo es— proceder a la realización de bienes para hacer efectiva una condena sustitutoria» (Fernández-Ballesteros, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Iurgium, Madrid, 2001, págs. 415 y 416). En cambio, ROBLES GARZÓN las califica de medidas «ejecutivas» y no de medidas «cautelares» (Robles Garzón, Juan Antonio, «Ejecución no dineraria (DROP\_1920)» apartado 1179, *Exposición de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo blanch, edición digital en Internet).

<sup>120</sup> De este modo, un embargo en garantía del abono de las costas del juicio o de la indemnización sustitutoria depende de un evento incierto —a diferencia de un embargo ejecutivo en que el evento, la falta de pago, ya se ha actualizado— que será el impago de las costas o la imposibilidad de cumplimiento específico.

el caso de las medidas del art. 700 LEC, con carácter de presunción *iuris et de iure*, sin más que concurrir la «imposibilidad de inmediato cumplimiento» de la sentencia<sup>121</sup>.

Una vez reconocido el carácter cautelar o instrumental (especial) que tienen las medidas previstas en el art. 700 LEC respecto de la ejecución no dineraria, en particular las medidas nominadas, conviene distinguirlas de otras medidas de cautela que se adoptan igualmente durante la ejecución no dineraria para la entrega de bienes inmuebles: nos referimos a las medidas de «retención y constitución en depósito de bienes suficientes del posible responsable» previstas en el art. 703.3 LEC para garantizar la satisfacción de la pretensión de reparación de daños y perjuicios causados al inmueble, pretensión que, eventualmente, puede ser acumulada a la de lanzamiento. Del mismo modo, el embargo preventivo a que se refiere el art. 700 también debe distinguirse del eventual embargo ejecutivo para cobro de las rentas debidas en el caso de que a la pretensión de lanzamiento se hubiera acumulado la de reclamación de rentas. Nada obsta, por supuesto, a la tramitación conjunta, en unidad de acto, de unas y otras medidas de embargo cuando criterios de economía procesal así lo aconsejen.

### 3.3.2. Condiciones para la adopción de medidas cautelares.

Como hemos señalado, el *fumus boni iuris* para la adopción de las medidas cautelares se deriva *ex lege* de la mera existencia del título ejecutivo, habida cuenta de la presunción de existencia y vigencia del derecho de acción que a él se anuda, razón que explica que no se haga mención alguna a este requisito en el art. 700 LEC. El *periculum in mora* se presume igualmente, con carácter *iuris et de iure*, a partir de la mera «imposibilidad de cumplimiento inmediato». La «imposibilidad» a que alude la ley será con frecuencia una consecuencia de la regulación legal de la ejecución no dineraria, que exige al tribunal, como primera actividad ejecutiva, el otorgamiento de un plazo para que el deudor pueda

---

<sup>121</sup> ORTELLS niega la necesidad de concretas situaciones de riesgo y la necesidad de prestar caución y considera que basta la demora de la actividad ejecutiva (Ibídem, pág. 87). Para Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, «No está sujeto a más requisitos que los previstos en el propio art. 700 (en especial no a los del art. 728)» (*ibidem*, pág. 415).



abandonar el inmueble<sup>122</sup>. Por consiguiente, tratándose de bienes inmuebles, la «imposibilidad» se produce siempre que en los trámites del lanzamiento se otorgue un plazo de garantía al deudor (arts. 699, 703.1 y 704.1 LEC). Debe notarse que la «imposibilidad» es principalmente jurídica, pues posibilidad material de cumplimiento existe casi siempre (basta que el ocupante abandone el inmueble una vez recibido el requerimiento, lo que puede hacer en cualquier momento): lo relevante es que el tribunal no está facultado a promover dicho abandono de modo inmediato. En este sentido, la única posibilidad de inexistencia de riesgo sería que no se otorgara plazo alguno (algo que, como hemos analizado, permite el art 703.1 LEC) o que el plazo otorgado para cumplir el requerimiento fuera tan breve que hiciera inviable la adopción de medidas cautelares, pues tardarían más en adoptarse e implementarse que en llegar las medidas definitivas. En aquellos casos en que la ley no exija el otorgamiento de un plazo de garantía para favorecer la cooperación del ejecutado, como es el caso de la ejecución o lanzamiento directo, la imposibilidad «de cumplimiento inmediato» todavía puede apreciarse cuando la fecha señalada para el lanzamiento durante el juicio de desahucio no sea tan inminente, una vez dictada la sentencia de desahucio, que ya no consienta la adopción de las medidas.

Con todo, la inmediatez del lanzamiento (vinculada al otorgamiento de un plazo brevísimo o a la inminencia de la diligencia de lanzamiento en los casos de lanzamiento directo) que, en principio, harían innecesaria la adopción de medidas cautelares, puede quedar frustrada por circunstancias no previstas como, por ejemplo, la presencia de terceros en el inmueble (art. 704.2 LEC) o la concurrencia de circunstancias de grave quebranto de derechos fundamentales de los ocupantes

---

<sup>122</sup> En este sentido ESCALER BASCOMPTE, para quien «interpretando literalmente el artículo citado [700 LEC] parece como si el requerimiento previo de cumplimiento deba operar como condición sin la cual no cabe adoptar ninguna otra medida ejecutiva [así califica este autor a las medidas del art. 700]. Se verá como los riesgos de ineficacia de la ejecución pueden manifestarse en tanto transcurre el plazo de cumplimiento ofrecido por el requerimiento, por lo que en aras a la tutela efectiva en sus propios términos deben poderse adoptar cuantas medidas ejecutivas resulten necesarias con independencia del plazo que se haya señalado como requerimiento»; también FRANCO ARIAS, Just, «Ejecución no dineraria: disposiciones generales, ejecución por deberes de entregar cosas y por obligaciones de hacer y no hacer», en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, (Alonso-Cuevillas Sayrol, J., coord.), Vol. III, *Difusión Jurídica y Temas de Actualidad*, 2000, pág. 467.

de procederse al mismo (suspensión de la diligencia de lanzamiento)<sup>123</sup>. En estos casos el *periculum in mora* que justifica las medidas queda revitalizado y procederá su adopción.

Según el art. 700 LEC, la adopción de las medidas cautelares, tanto nominadas como innominadas, requiere instancia de parte, exigencia que ha sido criticada por la doctrina ya que «puede provocar una dilación temporal [...] relevante en esos momentos de la ejecución»<sup>124</sup>; sin embargo, este aspecto de la regulación es armónica con la prevista en el art. 721 LEC para la adopción de medidas cautelares ordinarias (previas a la sentencia)<sup>125</sup>. Siguiendo la regla general de la ejecución, la adopción de medidas se realizará *inaudita parte*<sup>126</sup>, a lo que no obsta la naturaleza cautelar de las medidas pues se trata de una

---

<sup>123</sup> Para FERNÁNDEZ-BALLESTEROS de esta exigencia (refiriéndose a su aplicación para el embargo de garantía pero igualmente aplicable a las garantías de la entrega posesoria) «parece necesario deducir que el embargo procede siempre que la ejecución no pueda quedar terminada poco menos que días después de haberse despachado. Así pareció entenderlo el TS respecto del art. 923 de la LEC anterior (precedente de este precepto), a quien parece procedente decretar este embargo incluso mientras se realizan las operaciones necesarias para convertir en líquida una condena ilíquida (STS 23 oct. 1967; 14 feb. 1969)» (Fernández-Ballesteros, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Iurgium, Madrid, 2001, pág. 416, nota 13). Por su parte, ORTELLS RAMOS entiende que la «imposibilidad de cumplimiento inmediato» no se deriva sólo del otorgamiento de plazo sino que «[...] existe también en otras situaciones, como las siguientes: 1.<sup>a</sup>) Cuando, en caso de desobediencia al requerimiento, la realización de la actividad dirigida a la ejecución en los propios términos del título, precisara de un tiempo. 2.<sup>a</sup>) Cuando, tratándose de ejecución provisional, la oposición del ejecutado hubiera dado lugar a la suspensión de aquella (art. 530.2), demorando su final. 3.<sup>a</sup>) Cuando el necesario previo intento de la ejecución en los propios términos del título impusiera demorar las actividades dirigidas a una ejecución por el equivalente din erario [...]» (Ortells Ramos, Manuel, *La ejecución de condenas no dinerarias...*, 2005, cit., pág. 87).

<sup>124</sup> PÉREZ DEL BLANCO, Gilberto, *La ejecución no dineraria...*, 2001, cit., págs. 40 y 41). TAPIA FERNÁNDEZ, en cambio, con relación al embargo del 923 LEC/1881 opinaba lo contrario (op. cit., pág. 106).

<sup>125</sup> «Artículo 721. Necesaria instancia de parte. 1. Bajo su responsabilidad, todo actor, principal o reconvenional, podrá solicitar del tribunal, conforme a lo dispuesto en este Título, la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare. 2. Las medidas cautelares previstas en este Título no podrán en ningún caso ser acordadas de oficio por el tribunal, sin perjuicio de lo que se disponga para los procesos especiales. Tampoco podrá éste acordar medidas más gravosas que las solicitadas».

<sup>126</sup> En este sentido, ORTELLS RAMOS afirma que «ni la disposición establece esa audiencia, ni la requiere el sistema, porque ésta es una actividad del proceso de ejecución. El sujeto pasivo de esas medidas puede impugnar las resoluciones y los actos para su ejecución con arreglo al art. 562.1.1.º y 3.º» (Ortells Ramos, Manuel, *La ejecución de condenas no dinerarias...*, 2005, cit., págs. 88 y 89). En el mismo sentido ARANGÜENA FANEGO, Coral, «De la ejecución no dineraria; Disposiciones Generales: artículos 699 y 700», en AA. VV., *Comentarios...*, 2003, cit., págs. 3614 y 3615.

naturaleza, como hemos señalado, especial: el mecanismo contradictorio propio del proceso de ejecución es una contradicción reactiva o diferida: siendo posible interponer frente a la adopción de las medidas un recurso directo de revisión (art. 700 II, i.f., que, si bien previsto expresamente sólo ante la medida cautelar de embargo podría aplicarse analógicamente para las restantes medidas cautelares, atendida su identidad de razón). Sin perjuicio de los recursos, el ejecutado dispone también de la posibilidad de pedir la sustitución del embargo de garantía por una caución suficiente que cubra su importe (art. 700 III LEC).

Si bien *fumus boni iuris* y *periculum in mora* se derivan objetivamente de las circunstancias de la ejecución, no ocurre lo mismo respecto de la idoneidad de las medidas solicitadas en relación con el riesgo que tratan de cubrir. El sistema para comprobar la idoneidad de las medidas varía según las medidas sean nominadas o innominadas. En el supuesto del embargo (o caución) en garantía de la eventual satisfacción genérica por imposibilidad de cumplimiento específico, el tribunal no puede valorar la idoneidad de la medida solicitada (el embargo o caución) para lograr el fin perseguido; es decir, el tribunal queda vinculado por la petición o solicitud de parte<sup>127</sup>. Así se debe interpretar, a nuestro parecer, la expresión «en todo caso» con la que se matiza la concesión de las medidas por el secretario judicial. La misma afirmación es válida para las medidas solicitadas en garantía de abono de costas<sup>128</sup>. Es decir, al igual que la concurrencia del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*, la idoneidad de la medida de embargo o caución para cubrir costas y la eventual ejecución por equivalente es materia reglada. No puede afirmarse lo mismo con relación a la cuantía de la caución solicitada que deberá justificarse para cada supuesto y que podrá ser matizada por el secretario judicial.

---

<sup>127</sup> Así lo estima ROBLES GARZÓN (Robles Garzón, J. A., «Ejecución no dineraria (DROP\_1920)», apartado 1179, *Exposición de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo blanch, edición digital en Internet); en el mismo sentido PÉREZ DEL BLANCO: «del art. 700 de la Ley de 2000, como ya hemos dicho, se extrae, sin duda, que el embargo ha de ser obligatoriamente adoptado si así lo solicita la parte ejecutante» (Pérez del Blanco, G., *La ejecución no dineraria...*, 2001, cit., págs. 40 y 41).

<sup>128</sup> En este sentido, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS quien afirma que «si se piensa que las costas en el proceso de ejecución son, como regla, de cuenta del ejecutado (539.2), resulta fácil concluir que este embargo de bienes será siempre necesario» (Fernández-Ballesteros López, Miguel Ángel, *La Ejecución Forzosa...*, 2001, cit., pág. 708, nota 12).

La idoneidad de las medidas innominadas para garantizar la satisfacción específica del demandante debe ser objeto de control por parte del tribunal, así se deduce del párrafo primero del art. 700 LEC que sólo admite la adopción de aquellas medidas «que resulten adecuadas», lo que parece lógico dado su carácter atípico. Una cosa es que la apariencia de buen derecho y el riesgo que supone la espera puedan presumirse a partir del título ejecutivo y de la imposibilidad de otorgamiento «inmediato» de la tutela específica y otra muy distinta que las medidas que se solicitan en garantía sean armónicas con la finalidad de garantía perseguida: necesarias y adecuadas al fin perseguido y proporcionadas en sus efectos. De tal modo, la exigencia de adecuación que el párrafo primero del art. 700 impone a dichas medidas (que sean «adecuadas para asegurar la efectividad de la condena») debe entenderse, una vez más, desde un punto de vista constitucional: como exigencia de aplicación del principio de proporcionalidad. La adopción de medidas innominadas en garantía del éxito de la ejecución en forma específica, requiere, por tanto, respetar en todo caso el principio de proporcionalidad de forma que tales medidas se determinen atendiendo a todos los intereses y derechos en presencia (incluido el interés público a que la ejecución no requiera de la Administración de Justicia más esfuerzos y gastos de los debidos).

### 3.3.3. *Momento de adopción de las medidas cautelares.*

La solicitud de medidas cautelares en la fase de lanzamiento se puede formular bien en la propia petición inicial de ejecución, bien posteriormente, una vez apreciadas las circunstancias que las justifican (dilación en la satisfacción específica por circunstancias desconocidas en el momento de su solicitud)<sup>129</sup>. El art. 530 LEC, en sede de ejecución provisional, expresa claramente esta posibilidad de articulación sucesiva de las medidas cautelares cuando afirma que aun en el caso de suspenderse la ejecución «subsistirán los embargos y las medidas de garantía adoptadas y se adoptarán las que procedieren, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 700»<sup>130</sup>; en este caso, la suspensión

<sup>129</sup> En este sentido, FRAGA MANDIÁN, Antonio, «Comentarios al Libro III, Título IV: De la ejecución no dineraria», en AA. VV. (Xiol Ríos, J. A., coord.), *Enjuiciamiento Civil (Comentarios y Jurisprudencia. Ley 1/2000, de 7 de enero)*, Tomo III, Sepin, editorial jurídica, Madrid, 2008, pág. 4099.

<sup>130</sup> Vid. ORTELLS RAMOS, Manuel, *La ejecución de condenas no dinerarias ...*, 2005, cit., pág. 88.

es el evento sobrevenido que determina la solicitud y otorgamiento de nuevas medidas, pero puede haber otros.

Se ha cuestionado si en un proceso de ejecución dineraria en el que se subasta un bien inmueble será posible adoptar medidas cautelares para garantizar al futuro adjudicatario de dicho inmueble el lanzamiento de quien lo ocupa aun cuando fuere distinto de quien tiene la condición de deudor ejecutado en el procedimiento de apremio; es decir, si es posible adoptar medidas que garanticen el lanzamiento que en su día pueda acordarse contra dicho ocupante (tal como prevé el art. 675.2 LEC), una vez establecido, a través del incidente declarativo del art. 661 LEC, que carece de un título que justifique su permanencia. En el supuesto planteado, el tiempo que falta para la finalización del proceso de ejecución dineraria (fundamentalmente, el desarrollo de la subasta) supone, evidentemente, un *periculum in mora* añadido a la posibilidad de su entrega posesoria, constituyendo sin duda verdadero *fumus boni iuris* la resolución del incidente mencionado del art. 661, en el que se declare la falta de derecho del ocupante. Podría pensarse que lo procedente en este caso es la adopción de medidas cautelares generales, al amparo de los arts. 721 y siguientes LEC<sup>131</sup>; esta solución ha sido cuestionada por

---

<sup>131</sup> Sobre la inadecuación del embargo ejecutivo para este fin REDONDO GARCÍA afirma que «la LEC 1/2000 regula la “garantía del embargo” según la naturaleza de los bienes sobre los cuales se ha realizado la traba. Tratándose de bienes inmuebles la garantía sigue consistiendo, como hasta ahora, en su anotación registral (art. 629: anotación preventiva de embargo). Pero tal anotación afecta a la titularidad, no a los ocupantes del inmueble, con título o sin él, por lo que no es garantía//de que el estado posesorio se mantenga inalterado desde que el embargo tenga entrada en los libros del Registro. El embargo concede al acreedor ejecutante el derecho a percibir el producto de lo que obtenga en la realización de los bienes a fin de satisfacer el importe de la deuda, de los intereses y de las costas de la ejecución (art. 613 LEC). Con mejor expresión doctrinal cabe decir que el embargo atribuye al acreedor ejecutante dos derechos procesales equivalentes a los que atribuye la hipoteca: el *ius perseguendi* y el *ius prioritatis*, que conducen a la realización del bien mediante el procedimiento garantizado de la subasta judicial y a percibir el producto que se obtenga con la venta con prioridad sobre cualquier otro acreedor cuyo título no goce de preferencia. Este segundo derecho lo proclama expresamente el art. 613.2 LEC. Es precisamente el momento del embargo el que la nueva LEC toma en cuenta para que puedan desplegarse sus previsiones sobre los ocupantes del inmueble. Ahora bien, si la anotación registral de embargo no garantiza la inalterabilidad de la situación posesoria sobre el bien, es forzoso admitir que llegado el momento pueden aparecer ocupantes del inmueble a los que no sea posible lanzar por el procedimiento sumario del incidente establecido en los nuevos artículos 661 y 675. Si se quiere proteger la integridad del valor en cambio del inmueble y tal valor se ve afectado por la existencia de poseedores u ocupantes no contemplados en el momento de su afección, la fórmula para conservar el *statu quo ante* debe encontrarse por un camino distinto. Tal camino no puede ser otro que el de la posible adopción de medidas asegurativas para la plena efectividad del derecho que se ejecuta en el proceso, que puede exigir la conservación del íntegro valor patrimonial

una interpretación rígida del ámbito de aplicación de las medidas cautelares generales, dirigidas a la efectividad de la «futura sentencia», lo que impediría su aplicación para dar efectividad de una sentencia ya pronunciada<sup>132</sup>. Alternativamente, podría proponerse la aplicación a estos supuestos de las medidas cautelares especiales que contempla el art. 700 LEC y que acabamos de analizar. Frente a esta segunda solución podría también argumentarse que las medidas invocadas sólo están previstas para procesos de ejecución no dineraria ya iniciados, siendo así que el desalojo que se quiere garantizar corresponde a un proceso de ejecución no dineraria aún no empezado. En nuestra opinión, las prevenciones a las soluciones propuestas están infundadas. La restricción de las medidas cautelares previstas en los arts. 721 y siguientes LEC a la garantía de eficacia de una «futura» sentencia se explica por cuanto en el sistema de la LEC la efectividad de las sentencias, una vez dictadas se asegura a través del propio proceso de ejecución (embargo ejecutivo) y, en su caso, mediante medidas de garantía específicas (las contenidas en el art. 700 en el caso de la ejecución no dineraria) que garantizan que la mera duración de la ejecución no afectará a su resultado. Si en este sistema se ha producido una laguna (resoluciones futuras cuya ejecución forzosa será posible —el testimonio del auto de adjudicación del inmueble subastado— pero dictadas en el curso del proceso de ejecución y mediante auto) habrá que colmarla mediante una aplicación analógica de las normas procesales con las que la situación no regulada expresamente guarde identidad de razón. Las normas aplicables analógicamente para asegurar el futuro desalojo de los ocupantes sin título de los inmuebles que se subastan, son, en nuestra opinión, las que contiene el art. 700 LEC. Tales normas, aplicables de modo directo o primario en sede de ejecución (no dineraria) para asegurar la posibilidad de desalojo futuro de un ocupante cuya falta de derecho ha sido declarada (en la sentencia que se ejecuta) y frene al que se ha despachado

---

de un determinado bien del deudor. La cuestión requiere una respuesta de Derecho positivo, que sólo puede obtenerse a partir de la legislación vigente. Pero antes de ello conviene saber si en otras legislaciones procesales existe alguna institución de posible utilización para conservar la situación posesoria de los bienes mientras se sustancia la ejecución» (Redondo García, Fernando, *La entrega de la posesión en los procedimientos de ejecución de inmuebles*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, págs. 184 y 185).

<sup>132</sup> Para REDONDO GARCÍA «se llega a la evidente conclusión de que bajo la nueva Ley 1/2000 sólo caben las medidas cautelares al servicio del proceso declarativo, nunca al servicio de la ejecución de una sentencia» (*ibidem*, págs. 190 a 195).

ejecución, se aplican analógicamente en sede de ejecución (dineraria) para asegurar la posibilidad de desalojo futuro de un ocupante cuya falta de derecho a la ocupación también ha sido declarada (mediante el auto dictado al amparo del art. 661 LEC) aunque la ejecución contra él no se ha despachado todavía (lo que no tendrá lugar hasta que se adjudique el inmueble y el adjudicatario solicite la ejecución ex art. 675.2 LEC). Cuestión distinta es la de determinar cuál será el sujeto legitimado para solicitar tales medidas. En nuestra opinión, pueden serlo tanto ejecutante como el ejecutado en el proceso de ejecución dineraria en que se subasta el inmueble (cuando este último no coincide con el ocupante), puesto que tanto uno como otro tienen interés en que se incremente el valor del inmueble como consecuencia de quedar asegurado el desalojo futuro de su ocupante.

Con mayor razón, las medidas cautelares previstas en el art. 700 LEC podrán aplicarse (también por vía analógica) frente al propio deudor-ejecutado cuyo inmueble ha sido embargado y se pretende subastar, evitando que el adjudicatario pueda ver frustrada la entrega futura.

#### 3.3.4. Contenido de las medidas cautelares innominadas.

Aunque la LEC contempla la posibilidad de adoptar medidas de cautela para asegurar el cumplimiento específico de la obligación de entrega de un bien inmueble, es decir, para asegurar el éxito del desalojo o lanzamiento; no menciona, sin embargo, cuáles puedan ser estas medidas, limitándose a exigir «que resulten adecuadas para asegurar la efectividad de la condena»<sup>133</sup>. Atendiendo a

---

<sup>133</sup> ORTELLS aconseja una remisión *in totum* al régimen de los efectos de los que pueden ser dotadas las medidas cautelares, de acuerdo con los arts. 726 y 727 (Ortells Ramos, Manuel, *La ejecución de condenas no dinerarias...*, 2005, cit., pág. 91). FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, quien sugiere varias medidas posibles: «aunque el embargo de bienes será la “medida de garantía” más habitual, la Nueva Ley no excluye la adopción de cualesquiera otras medidas que resulten adecuadas para asegurar la efectividad de la condena (700 I, i.f.) // v.gr. anotaciones registrales que impidan consolidar derechos oponibles al ejecutante en el caso de condenas a la entrega de inmuebles; o en prohibiciones temporales de disponer de los instrumentos especiales con los que el ejecutado habrá de cumplir una conducta infungible o de difícil sustitución; o en el depósito de ciertos bienes o en la administración o intervención judiciales» Fernández-Ballesteros, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Iurgium, Madrid, 2001, págs. 416 y 417). También PÉREZ DEL BLANCO: «la ausencia de previsión legal expresa no debe limitar en ningún caso ni la incitativa de las parte para solicitar, ni del órgano jurisdiccional para adoptar todas aquellas medida que en cada caso concreto puedan servir para asegurar la efectiva materialización de las prestaciones reconocidas en el fallo judicial» (Pérez del

las diversas circunstancias que pueden frustrar la efectividad del desalojo proponemos la siguiente tipología:

1.º Medidas innominadas en garantía del mantenimiento del *statu quo* posesorio del inmueble.

Una medida fundamental para asegurar la futura entrega de posesión será aquella asegure que durante el plazo de garantía otorgado para el desalojo, no se permita el establecimiento en el inmueble de nuevos ocupantes cuya presencia la dificulte ulteriormente, o que, al menos, asegure que quedan reflejadas la identidad y fecha de ocupación de los nuevos ocupantes así como que éstos son informados del estado litigioso del inmueble y de su carencia de derecho a permanecer en él. Con esta medida se evitaría, al menos, el desarrollo ulterior respecto de estos nuevos ocupantes del incidente previsto en el art. 704.2 LEC o, como mínimo, se facilitaría su resolución en sentido favorable al lanzamiento. Sin ánimo de exhaustividad, exponemos algunas de las medidas que podrían garantizar el *statu quo* posesorio en el sentido expuesto:

a) Medidas cautelares consistentes en el requerimiento (ex art. 149.4 LEC) dirigido al propio ejecutado o a terceros (por ejemplo, el presidente de la comunidad de propietarios, al portero del inmueble, al administrador de la finca...) imponiéndoles el deber de informar al juzgado de todo cambio producido en la situación posesoria del inmueble así como de informar a los nuevos ocupantes que fueran conocidos de la pendencia del lanzamiento.

Esta medida puede ser dictada, a nuestro parecer, al amparo del art. 700 LEC como una de las medidas «adecuadas» que pueden adoptarse para la efectividad del futuro desalojo y cuenta, asimismo, con el respaldo de los arts. 118 CE y 17.1 LOPJ para los cuales «es obligado [...] prestar la colaboración requerida [por los tribunales] en la ejecución de lo resuelto [en las sentencias]»<sup>134</sup>.

---

Blanco, Gilberto, *La ejecución no dineraria...*, 2001, cit., pág. 39).

<sup>134</sup> Es cierto, sin embargo, que el art. 17.1 LOPJ señala que esta obligación será «sin perjuicio del resarcimiento de los gastos y del abono de las remuneraciones debidas que procedan conforme



Pueden invocarse analógicamente diversos artículos de la LEC que regulan, con identidad de razón al caso que nos ocupa, la obtención de información por parte del tribunal. El art. 156.1 LEC contempla la obtención de información sobre el domicilio del demandado mediante la solicitud a terceros: Registros, organismos, Colegios profesionales, entidades y empresas. Los arts. 589, 590 y 591 LEC, con la finalidad de dotar de eficacia a la ejecución dineraria requieren información sobre los bienes embargables del deudor. El art. 589 pretende obtener dichos datos del propio ejecutado, mientras que los arts. 590 y 591 LEC pretenden obtenerlos de terceros: entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas y jurídicas que el ejecutante indique. La información que se pretende obtener en los casos expuestos se refiere tanto a la existencia y titularidad de los bienes inmuebles que integran el patrimonio del ejecutado como a su estado de ocupación<sup>135</sup>. Las medidas que sugerimos en este apartado también tendrían por función proporcionar la información necesaria (al tribunal respecto al cambio del *statu quo* posesorio del inmueble, a terceros respecto a la situación jurídica del inmueble objeto de lanzamiento) para garantizar la eficacia de la ejecución no dineraria. Los mencionados requerimientos informativos podrían ir acompañados de apercibimientos respecto a la imposición de multas coercitivas amparadas, por vía analógica en los arts. 589.3 LEC (incumplimiento de la intimación dirigida al propio ejecutado para que revele su patrimonio) y 591.2 LEC (incumplimiento de la intimación dirigida a terceros de revelar el patrimonio del deudor); aplicación analógica que entendemos reforzada por los arts. 118 CE y 17.1 LOPJ que imponen a los ciudadanos deberes de colaboración y no meras facultades<sup>136</sup>. Señala ORTELLS RAMOS que la mayoría de la doctrina<sup>137</sup> acepta que

---

a la Ley», por lo que si de la obligación se derivan gastos o molestias excesivas, más allá de las inherentes a la función que ciertas personas asumen profesionalmente o por razón de su cargo (portero, administrador, presidente...) estas deberían ser resarcidas a cargo del ejecutado.

<sup>135</sup> Favorable a la aplicación analógica de las normas sobre localización de bienes a otros datos necesarios para la ejecución se muestran MONTERO AROCA y FLORS MATÍES, afirmando que «la norma se refiere a la búsqueda de bienes, pero no podrá negarse que en ocasiones el ejecutante puede pedir la búsqueda del ejecutado mismo, esto es, de su domicilio» con fundamento, según jurisprudencia menor que cita, en el derecho fundamental a la tutela efectiva y la necesidad de garantizarlo la intervención por parte del órgano jurisdiccional para facilitar a la parte la efectiva ejecución de la resolución obtenida en su favor (Montero Aroca, Juan y Flors Maties, José, *Tratado del proceso de ejecución civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, tomo I, 2004, págs. 655 y 656).

<sup>136</sup> TARZIA, considera que la exigencia de duración razonable del proceso impone al legislador y al Gobierno, en primer lugar, una adecuada organización de personal (jueces y otros funcionarios

las multas coercitivas son medidas coercitivas y no sancionadoras, pese a lo cual, muestra su reticencia a una utilización genérica como mecanismo de ejecución, más allá de los casos particulares para los que han sido previstas (arts. 709, 710, 711 y 776 LEC)<sup>138</sup>. Por el contrario, RAMOS MÉNDEZ afirma que no deben hacerse restricciones interpretativas si la multa coercitiva resulta el medio adecuado a las circunstancias del caso<sup>139</sup>.

Con relación al ejecutado, el recurso a la intimación y, en su caso, la imposición de las multas coercitivas quedaría amparada adicionalmente por el párrafo segundo del artículo 699 LEC al prever la imposición de multas y de apremios personales para favorecer el cumplimiento de los requerimientos de cumplimiento formulados al amparo de la norma contenida en su primer

---

de la Oficina Judicial) y de medios, y después, un adecuado mecanismo sancionador frente a quienes, con culpa por su parte, vulneren su deber de contribuir a la eficacia de la ejecución forzosa en un tiempo razonable (Tarzia, Giuseppe, «Il giusto processo di esecuzione», *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 2, abril 2002, pág. 350).

<sup>137</sup> FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Iurgium, Madrid, 2001, pág. 428, para quien «no queda clara en la Ley su naturaleza jurídica» aunque «Lo más razonable es pensar que son sanciones de carácter administrativo (no penal, ni civil), de forma que su ejecución forzosa habrá de realizarse en vía administrativa también, pero por la Administración de Justicia»; según ORTELLS RAMOS «su función consiste en estimular el cumplimiento, según los casos, de deberes instrumentales para el desarrollo del proceso, o de la propia prestación impuesta en un título ejecutivo [...] criterio importante para apreciar la existencia de lagunas en el régimen [...] de una multa coercitiva, así como para integrar esa lagunas» (Ortells Ramos, Manuel, «Ejecución de condenas no dinerarias», en AA. VV., *III Jornadas...*, 2003, cit., pág. 301).

<sup>138</sup> ORTELLS RAMOS afirma que «su función consiste en estimular al cumplimiento, según los casos, de deberes instrumentales para el desarrollo del proceso, o de la propia prestación impuesta en un título ejecutivo», pero destaca que «ello no significa que las multas coercitivas estén autorizadas en todos los casos en que sería adecuado que aquella función fuera cumplida. La ley —y específicamente la LEC— opta por la limitación de los supuestos en que proceden [...]» (*ibidem*, pág. 301); FRAGA MANDIÁN, considera que «Tanto los apremios personales como las multas coercitivas exigen una cobertura legal específica y, por lo tanto, sólo podrán acordarse en los casos expresamente previstos» y ello «tanto por el principio general de legalidad de los actos procesales (art. 1 LEC), como porque, suponiendo la adición de una nueva obligación que viene a agravar la posición del ejecutado, la actuación judicial para su imposición requiere cobertura legal específica, pues es la Ley, no el Juez, la única fuente posible de esta nueva obligación. El principio de legalidad y su concreción de tipicidad, propia del derecho penal, es enteramente aplicable a esta materia» (Fraga Mandián, Antonio, «Comentarios al Libro III, Título IV: De la ejecución no dineraria», en AA. VV. (Xiol Ríos, Juan Antonio, coord.), *Enjuiciamiento Civil (Comentarios y Jurisprudencia. Ley 1/2000, de 7 de enero)*, Tomo tercero, Sepin, editorial jurídica, Madrid, 2008, pág. 4093 y 4095).

<sup>139</sup> RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento Civil (Cómo gestionar los litigios civiles)*, Atelier, Barcelona, 2008, pág. 359, nota 3 y 361.

párrafo<sup>140</sup>. Ciertamente los requerimientos que están en la base de los apremios y las multas se refieren al cumplimiento de la prestación principal a que el ejecutado está obligado según el título (el abandono del inmueble), pero en cuanto las medidas cautelares de que estamos tratando son un instrumento con el que también se pretende, alcanzar dicho objetivo (a corto o medio plazo), pueden considerarse incluidas (por extensión) en el supuesto de hecho que expresa el art. 699 LEC.

b) Medidas cautelares consistentes en la intimación al cese de aquellas conductas del ejecutado que puedan dificultar la posterior toma de posesión del inmueble.

Al deudor ocupante se le puede exigir, al amparo del art. 700 LEC, no sólo que informe al tribunal de la presencia de terceros en el inmueble sino, más aún, que se abstenga de permitir dicha presencia mientras dure el plazo de garantía, así como, en general, prohibirle que adopte cualesquiera conductas que puedan perjudicar la ulterior toma de posesión por el ejecutante: prohibición de realizar obras que puedan obstaculizar la toma de posesión (por ejemplo, la instalación de nuevos dispositivos de control de acceso al inmueble) o prohibición de actividades que faciliten la toma de posesión por terceros (por ejemplo, hacer publicidad o gestiones para ceder o arrendar el inmueble o parte del mismo). Con base en los arts. 118 CE y 17.1 LOPJ (deber de prestar la colaboración requerida en el curso del proceso) estas prohibiciones podrían extenderse a terceros: agencias inmobiliarias o administradores de fincas, por ejemplo.

Además de la aplicación directa del art. 700 LEC, puede invocarse, en amparo de las citadas medidas, la aplicación analógica de la regla 7.ª del art. 727 de la LEC que autoriza la adopción de medidas cautelares consistentes en órdenes de no hacer: «orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de

---

<sup>140</sup> Así lo admite FERNANDEZ-BALLESTEROS para el caso de reiteración en el incumplimiento de obligaciones de no hacer pues «Si bien es cierto que el art. 710 no acoge expresamente esta posibilidad, puede entenderse admisible al amparo de la previsión general del art. 699 II, a tenor del cual, en el requerimiento al ejecutado para que “cumpla en su propios términos”, “el tribunal podrá apercebir al ejecutado con el empleo de apremios personales o multas coercitivas”» (*ibidem*, pág. 435, nota. 66)

abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo». El incumplimiento de las medidas impuestas podría privar al deudor de la prórroga del plazo de garantía que autoriza el art. 704.1 LEC (en su caso, del otorgamiento del plazo otorgado al amparo del art. 703.1 LEC) sobre la base de la prohibición de abuso de derecho (arts. 11 LOPJ y 247 LEC) y de la pérdida sobrevinida de la finalidad de dicho plazo por vulneración del principio de proporcionalidad. El incumplimiento podría conllevar, además, la imposición de sanciones penales (por desobediencia), con base en el art. 699 LEC. Asimismo, lo realizado contraviniendo la orden del tribunal podría deshacerse mediante técnicas propias de la ejecución forzosa de obligaciones de no hacer (ordenando la retirada de la publicidad o el cese de las gestiones de arrendamiento o la eliminación de los obstáculos al acceso realizado contraviniendo la orden judicial) con imposición periódica de las multas coercitivas oportunas (arts. 710 LEC).

REDONDO GARCÍA<sup>141</sup> propone, con acierto a nuestro parecer, trasladar al Ordenamiento español determinadas medidas cautelares recogidas en el Código procesal civil argentino (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), y, entre ellas, la denominada «prohibición de contratar» (art. 231 CPN<sup>142</sup>). Con esta medida, el juez impone, respecto a bienes individualizados del deudor (o bienes que éste tiene en su poder), la prohibición de celebrar cualquier contrato (por ejemplo, un arrendamiento) que se considere capaz de frustrar la ejecución forzosa que recae sobre ellos, disponiendo que se inscriba dicha prohibición en los registros correspondientes y que se notifique a los interesados y a aquellos terceros que mencione el solicitante. Aunque REDONDO GARCÍA formula tal propuesta *de lege ferenda*, a nuestro parecer es aplicable *de lege data* de conformidad con lo expuesto en el párrafo anterior.

---

<sup>141</sup> REDONDO GARCÍA, Fernando, *La entrega de la posesión en los procedimientos de ejecución de inmuebles*, 2002, cit., págs. 186 y 187.

<sup>142</sup> «Cuando por ley o contrato o para asegurar la ejecución forzada de los bienes objeto de juicio, procediese la prohibición de contratar sobre determinados bienes, el Juez ordenará la medida. Individualizará lo que sea objeto de la prohibición, disponiendo que se inscriba en los registros correspondientes y se notifique a los interesados y a los terceros que mencione el solicitante» (art. 231 CPN).

## 2.º Medidas innominadas en garantía de la conservación del inmueble y del cumplimiento de otras prestaciones accesorias

Hemos sostenido (en la parte segunda de este trabajo) que la entrega del inmueble en un determinado estado de conservación o libre de bienes muebles u otros objetos que lo embaracen no forma parte de la prestación de entrega posesoria a la que se orienta el lanzamiento. Por esta razón, hemos considerado que las pretensiones de retirada de bienes muebles o de indemnización de daños por el deterioro del inmueble, más que prestaciones instrumentales de una pretensión principal de entrega, son pretensiones independientes, aunque conexas y acumuladas, respecto de aquella. La anterior afirmación no obsta, sin embargo, a que el plazo de garantía (o la dilación en la práctica de la diligencia de lanzamiento cualquiera que fuera su causa —una suspensión, por ejemplo—) pueda perjudicar los derechos del ejecutante que están en la base de las pretensiones mencionadas (entre ellos, el derecho correlativo al deber general de conservación previsto en el art. 1094 del Código Civil) y que, por consiguiente, las medidas cautelares previstas en el art. 700 para la prestación principal de entrega deban extenderse a estas prestaciones accesorias. También podrían invocarse las normas aplicables a las medidas cautelares ordinarias (arts. 721 y sigs. LEC) puesto que en este caso nos hallamos ante pretensiones declarativas (pretensión de declaración judicial del deber del deudor de resarcir por los daños causados al inmueble determinando su cuantía y condenando a su pago). En nuestra opinión, tratándose de pretensiones *sui generis*, es admisible la aplicación por vía analógica de ambos conjuntos normativos. Con los anteriores fines serían posibles medidas como las que proponemos a continuación.

a) Adelantamiento del embargo en garantía del abono de daños y perjuicios causados al inmueble.

La pretensión de abono de desperfectos causados al inmueble está tutelada expresamente de modo cautelar en el art. 703.3. LEC mediante un embargo («retención y constitución en depósito de bienes suficientes») que asegure que la indemnización con que eventualmente se condene al demandado por tales desperfectos pueda ser satisfecha. Sin embargo, puesto que el art. 703.3 LEC

refiere la adopción del embargo al momento de la diligencia de lanzamiento, una garantía adicional, derivada ahora de la aplicación analógica de los arts. 700 LEC (embargo de garantía y caución sustitutoria) y 727.1.1.º LEC (embargo preventivo de bienes), consistirá en su adelantamiento a la etapa de preparación y evitación que estamos analizando, evitando que el retraso en la entrada al inmueble pueda perjudicar este derecho. En este caso, el embargo, en cuanto recaiga sobre bienes muebles situados en la vivienda objeto de lanzamiento, podría realizarse (por razones de economía procesal) en unidad de acto con el embargo en garantía del cobro de costas y de la eventual indemnización sustitutiva por imposibilidad de ejecución específica a que alude el art. 700 en su párrafo segundo.

b) Prohibición de causar deterioros, de introducción de nuevos bienes muebles o de realización de mejoras.

Además de las cautelas ya expuestas para garantizar el abono de los desperfectos que puedan causarse al inmueble durante el plazo de espera (o que ya se hubiesen causado al tiempo de la demanda), se podría tratar de prevenir la producción misma de los desperfectos así como la introducción de bienes que embaracen la finca o la realización de mejoras que luego pudiera reclamar el ejecutado como debidas. La prohibición de actividades que puedan ser dañosas para el inmueble puede ampararse analógicamente en el art. 727.7.<sup>a</sup> LEC: «orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta»<sup>143</sup>. El incumplimiento del requerimiento podrá ocasionar (como

---

<sup>143</sup> En otro ámbito, el de las subastas judiciales bajo el régimen de la LEC de 1881, FRANCO ARIAS hacía referencia a la posibilidad de aplicar medidas cautelares especiales innominadas «durante el embargo o la tramitación del apremio, si los ocupantes del inmueble a subastar están causando graves daños al mismo que pueden reducir su valor {Por ejemplo, se está arrancando o causando cualquier otro desperfecto en el sistema de suministro eléctrico, de agua, gas, calefacción, etc.}». En estos casos según el autor citado, «el ejecutante está facultado para solicitar al Tribunal que se adopten las medidas oportunas a fin de que no se sigan causando daños. [...] el Tribunal puede, [...] por ejemplo requerirle para que cese en su actuación bajo amenaza de incurrir en la correspondiente responsabilidad, incluso de orden penal en caso de no hacerlo (art. 556 y 634 CP). Es más, si persevera en su actuación, pese al requerimiento, puede el Tribunal ordenar que sea desposeído del bien procediéndose a nombrar un depositario análogamente a como ocurre con los bienes muebles. Las medidas apuntadas podrían adoptarse incluso si el ocupante no fuera el ejecutado (por ejemplo, el titular de un usufructo o un arrendatario) ya que difícilmente gozará el ocupante, aunque disponga de un título que le legitime para disfrutar de la posesión e incluso mantenerla después de la subasta (por ejemplo, puede tratarse de un usufructo constituido antes del embargo que goza del carácter de carga

hemos señalado anteriormente) sanciones penales y civiles (arts. 699 y 710 LEC) propias del incumplimiento de deberes del ejecutado a las que también hemos hecho referencia. Además, según la gravedad del incumplimiento, el desconocimiento de las órdenes del tribunal debería suponer la pérdida del plazo de garantía o de su prórroga sobre la base de constituir un abuso de derecho y por la pérdida sobrevinida de la adecuación y proporcionalidad causa de su otorgamiento.

c) Medidas de constancia del estado de conservación del inmueble, de las mejoras efectuadas y de la presencia en el mismo de bienes muebles (inventario de bienes).

En línea con la argumentación expuesta, la constancia del estado de conservación del inmueble (un acta o diligencia de constancia) puede servir de fundamento para una ulterior resolución judicial sobre el derecho del acreedor ejecutante a ser indemnizado por los daños causados al inmueble (así como de base para la adopción de otras medidas cautelares)<sup>144</sup>. Puesto que el art. 703.3 LEC parece retrasar la constancia del estado del inmueble al momento de la diligencia de lanzamiento («de hacerse constar *en el lanzamiento*»), puede acudir a la aplicación analógica de los arts. 700 LEC (medidas innominadas) y 727.11.<sup>a</sup> LEC («medidas que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial», entre las que puede incluirse la redacción de un acta o una diligencia de constancia) para adelantar, como medida cautelar, dicha medida de constancia, de modo que cualquier agravamiento del estado de conservación en ella constatado pueda ser

---

preferente y no se extinguirá con el remate), del derecho a causar daños en el inmueble perjudicando el embargo trabado {En estos casos, en que el poseedor no es el ejecutado, no cabe descartar incluso que fuera el propio ejecutado, también interesado en que el inmueble no se vea dañado}} (Franco Arias, Just, «Problemática derivada de la posesión en la subasta judicial», *Justicia 98, Revista de Derecho Procesal*, 1998, I-II, págs. 23 y 24, notas 7 y 8).

<sup>144</sup> Ante la dificultad de probar que se estén produciendo daños en el inmueble objeto de la subasta al efecto de solicitar medidas cautelares de conservación (vid. nota anterior), FRANCO ARIAS consideraba que «el Tribunal no debería pedir una prueba exhaustiva y si existen indicios debería acordar, al menos, el requerimiento para el cese de la actuación»; pero, además, sugería «que una Comisión Judicial se desplazara al inmueble al objeto de levantar acta de su estado que permitiera constatar si efectivamente se han producido daños. Dicha acta facilitaría determinar también si el ocupante ha seguido causando daños con posterioridad al requerimiento incurriendo en la correspondiente responsabilidad. Si una vez realizada la traba, existen indicios de que el ocupante puede producir daños en el inmueble aunque aún no los haya producido, puede solicitarse al Tribunal que se proceda a expedir el oportuno requerimiento y que se levante acta del estado del inmueble» (*op. cit.*, pág. 35).

fácilmente imputado al ocupante, garantizándose el cumplimiento del deber de conservación ex art. 1094 CC.

Por otra parte, la constancia, mediante inventario, de los bienes muebles que se hallan en el interior del inmueble (al amparo del art. 727.4.<sup>a</sup> LEC: «formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga»), unida a la prohibición de introducción de nuevos bienes (al amparo del art. 727.7.<sup>a</sup> LEC), puede evitar, que de esta forma se pueda perjudicar al ejecutante dolosa o negligentemente. Constatada la introducción de bienes en el inmueble (a partir del inventario realizado y en vulneración de la orden del tribunal) el acreedor no sólo podrá solicitar la declaración de abandono de dichos bienes a que alude el art. 703.1. II LEC (si no son retirados en el plazo que se conceda), sino que alternativa o subsidiariamente podrá también solicitar el abono del coste de desalojo de dichos bienes, considerando que su introducción en el inmueble contra la orden expresa del tribunal genera una sanción procesal específica de «deshacer lo mal hecho» o, en todo caso, que la introducción de bienes en el inmueble contra la orden del tribunal es una forma de «desperfecto» prohibida por el art. 1094 CC y sancionada con la responsabilidad indemnizatoria exigible conforme al art. 703.1. II LEC.

Finalmente, el acta de constancia del estado del inmueble (al amparo del art. 727.11.<sup>a</sup> LEC), unida a la prohibición de realizar mejoras (conforme al art. 727.7.<sup>a</sup> LEC) circunscribirá la eventual reclamación de abono de mejoras realizada por el ejecutado al amparo del art. 703.2 LEC a aquellas ya realizadas en el momento de redactarse el acta o diligencia de constancia, descartando las mejoras incorporadas con posterioridad.

### 3.º Medidas de intervención judicial de bienes litigiosos<sup>145</sup>

Si el inmueble objeto de desalojo es soporte físico de una actividad productiva y el plazo de garantía se ha otorgado en salvaguarda de dicha actividad (art. 703.1 LEC), tal concesión no tiene por qué significar que el inmueble siga bajo control y en

---

<sup>145</sup> Incluimos una mención a esta posible medida cautelar por un cierto afán de exhaustividad, conscientes de su aplicación a supuestos ajenos al lanzamiento de vivienda, centro en nuestro estudio.



poder del demandado. Para evitar una gestión fraudulenta de los bienes productivos o que una vez finalizado el plazo de espera o garantía el demandado pudiera obstaculizar la diligencia de lanzamiento, podría acordarse una medida supervisión o vigilancia *ad exemplum* de la intervención judicial de bienes litigiosos cuyas normas podrían aplicarse analógicamente (art. 727.2.<sup>a</sup> LEC)<sup>146</sup>.

### 3.4. Actos de preparación de la diligencia de lanzamiento.

La actividad procesal de preparación de la diligencia de lanzamiento está justificada por el principio de eficacia: la exigencia de respetar el plazo de espera o garantía, no exige ni permite, como ya hemos sostenido, la inactividad del tribunal durante dicho plazo si con ello se perjudica la efectiva realización de la diligencia de lanzamiento en la fecha señalada. La eventual desobediencia al requerimiento de desalojo (sea por falta de voluntad del demandado, sea por la imposibilidad derivada de la falta de medios para ello) exigirá el desarrollo de la diligencia de lanzamiento. Ahora bien, la diligencia de lanzamiento requiere una preparación en la que se debe invertir un tiempo que, lógicamente, conviene que coincida con el plazo de garantía. En este sentido, la actitud diligente del tribunal, aprovechando el plazo para realizar las actividades de preparación necesarias pueden ahorrar tiempo a la ejecución y servir mejor al principio de eficacia.

---

<sup>146</sup> ESCALER BASCOMPTE pone como ejemplo «el caso de un inmueble productivo, esto es, una nave industrial o una finca rústica, sobre las cuales el ejecutado que todavía no ha entregado el bien tome decisiones que puedan afectar de una forma irreparable a la capacidad productiva del mismo, esto es, no adoptando las medidas oportunas contra incendios, inundaciones, etc. Aunque se le pueda obligar a indemnizar los daños, la ejecución en sus propios términos cuando se pretenda la entrega de un bien productivo obliga a hacer todo lo posible para que conserve todo su carácter rendible hasta el momento de la entrega. Solamente en ese caso el ejecutante tendrá una completa satisfacción» («Prevalencia del derecho a la ejecución en sus propios términos con respecto a los posibles límites en cuanto a la tipología de medidas ejecutivas y a la duración de la ejecución», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núms. 3-4, 2008, pág. 275.); también FRANCO ARIAS sostenía la viabilidad de tal medida cautelar respecto de inmuebles embargados en el procedimiento de apremio en cuanto «La necesidad de adoptar medidas aseguradoras del embargo que vayan más allá de la mera anotación de la traba en el Registro, puede producirse tanto cuando el inmueble se está perjudicando debido a los daños que le causa el ocupante, como cuando los daños se están produciendo debido a la falta de conservación (por ejemplo, en el caso de inmueble no ocupado que se está deteriorando gravemente debido a la falta de mantenimiento) pudiéndose solicitar al Tribunal, también en ese caso, la adopción de las medidas necesarias para evitar los daños. En aquellos casos en que el ejecutante esté facultado para solicitar la administración (art. 1530 LEC), si se produce una situación como la analizada lo procedente es que se solicite la administración de la finca» (*op. cit.*, pág. 35).

La preparación del lanzamiento consistirá, fundamentalmente, en la actividad procesal oportuna para asegurar la disponibilidad de los medios humanos y materiales necesarios para hacerlo efectivo<sup>147</sup>. Entre dichos medios se cuenta aquellos que han de permitir la coerción directa sobre el deudor (asistencia policial) o su sustitución (asistencia de cerrajero, por ejemplo), pero también aquéllos que deben garantizar que el desalojo no ocasiona una lesión intolerable o desproporcionada en los derechos fundamentales del demandado (asistencia de ambulancia, de los servicios sociales, etc.; disposición por tales Administraciones de medios y recursos para evitar que las personas queden sin hogar, etc.).

#### *3.4.1. Mandamiento a la comisión judicial*

La comisión judicial que se debe formar para realizar la diligencia de lanzamiento puede formarse bien en el seno de la Unidad Procesal de Apoyo Directo integrada en el órgano ejecutor (art. 437 LOPJ), bien en alguno de los servicios comunes procesales (art. 438 LOPJ)<sup>148</sup>. El secretario de cualquiera de estos órganos emitirá el mandamiento<sup>149</sup> en ejercicio de su potestad de «dirigir en el aspecto técnico procesal al personal integrante de la Oficina Judicial, ordenado su actividad e

---

<sup>147</sup> Por esta razón FUENTES SORIANO considera censurable «la práctica —por otra parte, notablemente extendida— de notificar primero el desalojo y proceder, después, al señalamiento de fecha para el lanzamiento y a su correspondiente notificación. A título de ejemplo, puede verse el Auto de 3 junio 2005 del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 64 de Madrid, en cuya parte dispositiva puede leerse: «(...) 2.º Se concede a la parte ejecutada el plazo de un mes para desalojar la vivienda referida, con el apercibimiento de que transcurrido dicho plazo sin verificarlo se procederá al lanzamiento. 3.º Una vez notificada esta resolución a la parte ejecutada solicítense del Servicio Común de Notificaciones y Embargos que señale fecha para el lanzamiento, una vez transcurrido un mes desde la notificación a la parte ejecutada de esta resolución (...)» (Fuentes Soriano, Olga, «Ejecución y entrega de bienes inmuebles ocupados...», 2008, cit., nota 12).

<sup>148</sup> Según el párrafo primero del art. 438.3 LOPJ: «El Ministerio de Justicia y las comunidades autónomas en sus respectivos territorios serán competentes para el diseño, creación y organización de los Servicios Comunes Procesales, con funciones de registro y reparto, actos de comunicación, auxilio judicial, ejecución de resoluciones judiciales y jurisdicción voluntaria. Las Salas de gobierno y las Juntas de jueces podrán solicitar al Ministerio y a las Comunidades Autónomas la creación de Servicios Comunes, conforme a las específicas necesidades».

Según el párrafo tercero del artículo 2 del Reglamento del CGPJ 2/2010, sobre criterios generales de homogeneización de las actuaciones de los Servicios Comunes Procesales: «[...] las Administraciones competentes deberán dotar a dichos servicios comunes del correspondiente personal, que deberá ser suficiente y adecuado a las funciones que aquéllos tengan asignado»;

<sup>149</sup> Art. 7 f) del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales (Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre).

impartiendo las órdenes e instrucciones que estime pertinentes en el ejercicio de esta función» (art. 547 LOPJ). Si la comisión judicial se constituyera en la unidad procesal de apoyo directo del órgano ejecutor, el secretario del mismo emitirá el correspondiente mandamiento dirigido a los funcionarios de la unidad encargados de efectuar el lanzamiento para que den cumplimiento a lo establecido en el auto y el decreto (o decretos) de concreción de medidas ejecutivas (art. 149.5.<sup>a</sup> y 167 LEC)<sup>150</sup>. Si la comisión judicial se ha de constituir en el seno de un servicio común<sup>151</sup>, (art. 438 LOPJ, 103 a 106 del Reglamento del CGPJ 1/2005, *de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales*) será el secretario al frente de dicho servicio común (secretario judicial director) quien emitirá los mandamientos pertinentes (por ostentar potestad sobre los funcionarios de su unidad<sup>152</sup>), pero deberá atenerse para ello a lo establecido en el decreto de concreción de medidas ejecutivas, que dictará otro secretario judicial, sea el secretario de la unidad procesal de apoyo directo del tribunal competente para el lanzamiento<sup>153</sup>, sea el secretario judicial director al frente de otro servicio común intermedio (como el servicio común de ejecución)<sup>154</sup>; en todo caso, el secretario del servicio común en

---

<sup>150</sup> Según la Instrucción 1/2011, de 31 de marzo, «sobre el funcionamiento de las Unidades Procesales de Apoyo Directo a Jueces y Magistrados y su actuación coordinada con los Servicios Comunes Procesales», «El Juez podrá dar criterios e instrucciones a los funcionarios que prestan servicio en la Unidad Procesal de Apoyo directo, con arreglo a los cuales se deberán realizar las distintas actuaciones desarrolladas en el ejercicio de su función jurisdiccional. Dichos criterios e instrucciones podrán referirse a actuaciones que, resultando imprescindibles para el debido ejercicio de la función jurisdiccional, se refieran, entre otras, a la preparación de las resoluciones judiciales y al dictado de las mismas; al establecimiento de las instrucciones generales y particulares para la realización de los señalamientos; a la dirección del desarrollo de actos y vistas de conformidad con las leyes procesales; a la decisión sobre la prioridad de una actuación sobre otra en un momento puntual, o de una clase de asuntos sobre otros en casos justificados; al establecimiento de pautas para la preparación de determinadas vistas; al encargo de la realización de fotocopias así como a otras funciones que son propias del auxilio a la labor de Jueces y Magistrados» y «El Secretario Judicial que presta servicio en la Unidad Procesal de Apoyo Directo garantizará el cumplimiento de los criterios e instrucciones que dicte el titular del órgano judicial para el ejercicio de su función jurisdiccional» (regla segunda).

<sup>151</sup> Según el protocolo marco (mayo de 2010), el servicio común de actos de comunicación y ejecutivos es la unidad encargada de la realización de citaciones, notificaciones, emplazamientos, requerimientos y diligencias “de calle” como embargos, lanzamientos, remociones, etc.

<sup>152</sup> El art. 9.3 del Rto 2/2010 establece que «Para lograr el efectivo cumplimiento de la diligencia encargada, los Secretarios Judiciales Directores del servicio común adoptarán las medidas que resulten necesarias [...]»

<sup>153</sup> De este parecer CARRERAS MARAÑA, «De la ejecución: Disposiciones Generales», en AA. VV., *Enjuiciamiento Civil...*, 2010, cit., pág. 964.

<sup>154</sup> Según el Protocolo Marco de Actuación (mayo de 2010) y sus *Anexos*, el servicio común de ejecución recaba el despacho de ejecución y la orden general de ejecución de la unidad procesal de

que se forme la comisión judicial recabará del autor del decreto de medidas ejecutivas las precisiones adicionales que crea necesarias.

La complejidad que puede revestir la intervención de funcionarios correspondientes a diferentes unidades de la oficina judicial vinculadas al tribunal ejecutor (unidad procesal de apoyo directo, servicio común de ejecución, servicio común de actos de comunicación y ejecutivos, servicio común general...) y, como luego veremos, también de unidades ajenas a la misma (en caso de auxilio judicial, los servicios comunes pertenecientes a la oficina judicial de otra provincia; en su caso, las unidades administrativas y sus oficinas comunes de apoyo que no forman parte de la oficina judicial) requiere normas de armonización emanadas tanto el CGPJ (reglamentos<sup>155</sup> e instrucciones<sup>156</sup>), de la Administración

---

apoyo directo, y su secretario dicta, con base en ellos, el decreto de concreción ejecutiva, remitiendo al servicio de actos de comunicación y ejecutivos el mandamiento para la realización del lanzamiento por medio de la comisión judicial que se constituya en dicho servicio y la práctica de los actos de comunicación que se precisen. GÁRNICA MARTÍN avala esta decisión y al preguntarse si el secretario encargado del decreto de concreción de medidas ha de ser el de la unidad procesal de apoyo directo o el del servicio común de ejecución responde que «el propio artículo 551.3 se deriva que debe ser el Secretario “responsable de la ejecución” [...] El procedimiento deberá cambiar de manos inmediatamente y pasar rápidamente del Juez de fondo, que es el mismo Juez de la sentencia, en el caso de títulos judiciales o bien el Juez al que se le haya repartido el asunto, en el caso de títulos extrajudiciales, a manos del Secretario del Servicio Común de Ejecución» y a la cuestión de qué oficina deberá ocuparse de la comunicación a las partes del despacho de ejecución considera que la respuesta «debe ser consecuente con la con la urgencia de este tránsito y por consiguiente, no puede ser la unidad de apoyo» (Gárnica Martín, Juan Francisco, «Principales novedades de la reforma procesal en la ejecución», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3, 2010, pág. 701).

<sup>155</sup> Reglamento del CGPJ 2/2010, sobre criterios generales de homogeneización de las actuaciones de los Servicios Comunes Procesales (publicado en el Boletín Oficial del Estado número 62, correspondiente al día 12 de marzo de 2010).

<sup>156</sup> Por acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 25 de febrero de 2010 se aprueba la Instrucción 1/2011, de 31 de marzo, «sobre el funcionamiento de las Unidades Procesales de Apoyo Directo a Jueces y Magistrados y su actuación coordinada con los Servicios Comunes Procesales» (publicada en el Boletín Oficial del Estado número 81 de 5 de abril de 2011). El párrafo primero del artículo 106 del Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre de 2005, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales (RAAAJ), dispone que «el Pleno del Consejo General del Poder Judicial podrá dictar las instrucciones que considere necesarias para garantizar la correcta coordinación, conexión e interrelación entre las unidades procesales de apoyo directo y los servicios comunes procesales, y la homogeneidad en las actuaciones de los servicios comunes de la misma clase en todo el territorio nacional». La sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2008, «es innegable que el correcto funcionamiento de las unidades procesales de apoyo directo y de los servicios comunes procesales, es presupuesto ineludible para el adecuado funcionamiento de la Administración de Justicia, y por tanto no deben encontrarse obstáculos para que el Órgano constitucional de Gobierno del Poder Judicial, a quien se reconoce con carácter genérico la competencia para reglamentar los aspectos accesorios de la Actuación Judicial, pueda dictar instrucciones (que es figura que encaja en los amplios términos utilizados por la LOPJ, al referirse a

competente en materia de Justicia («protocolo marco»<sup>157</sup> e instrucciones<sup>158</sup>) y de los propios secretarios Judiciales de Gobierno (los protocolos de «actuación en el procedimiento» —PAP—<sup>159</sup> e instrucciones<sup>160</sup>). También tienen funciones de

---

critérios generales), encaminadas a garantizar la coordinación entre aquellas unidades de apoyo y los servicios comunes procesales, con mayor razón cuando el CGPJ ha de ajustarse a los dos límites que se señalan para dichas instrucciones en el párrafo segundo de dicho artículo 106 RAAAJ».

<sup>157</sup> Para evitar la dispersión de los distintos protocolos el Plan Estratégico para la Modernización del Sistema de Justicia 2009-2012, aprobado por el Consejo de Ministros el 18 de septiembre de 2009, acordó la elaboración de un Protocolo Marco sobre el funcionamiento de los servicios comunes procesales y su coordinación con las unidades procesales de apoyo directo, en su ámbito territorial. El Protocolo Marco, elaborado en cumplimiento del acuerdo citado y amparándose en el art. 8 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales, ha establecido los criterios y orientaciones que deben guiar la elaboración, por parte de los Secretarios Coordinadores Provinciales, de los protocolos de actuación en el procedimiento que den homogeneidad y uniformidad a las oficinas judiciales, al tiempo que se facilitan herramientas a los responsables de las oficinas judiciales.

<sup>158</sup> En este sentido, el art. 465.6 LOPJ y el art. 16 letra g) del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales establecen que corresponde a los Secretarios de Gobierno «Impartir instrucciones a los Secretarios Judiciales de su respectivo ámbito territorial, a solicitud de las Comunidades Autónomas que hayan recibido los traspasos de medios personales al servicio de la Administración de Justicia, cuando sea precisa la colaboración de los Secretarios Judiciales con dichas Comunidades Autónomas para garantizar la efectividad de las competencias que tienen éstas en materia de organización y gestión de medios personales y materiales al servicio de la Administración de Justicia»; la letra i del citado art. 16 atribuye, asimismo, la función de «Proponer al Ministerio de Justicia, o en su caso a la Comunidad Autónoma con competencias asumidas, las medidas que, a su juicio, deberían adoptarse para el mejor funcionamiento de la Administración de Justicia que fueren de su respectiva competencia, comunicando al Ministerio de Justicia y a la Comunidad Autónoma cuantas incidencias afecten a los Secretarios judiciales que de él dependan». El secretario judicial podrá recibir, a través de sus superiores jerárquicos, instrucciones procedentes de las Administraciones competentes (art. 9, letra b). En todo caso, las circulares e instrucciones que procedan del Ministerio de Justicia o del Secretario General de la Administración de Justicia «en ningún caso podrán suponer una intromisión en el desarrollo de la actividad procesal de Jueces o Magistrados ni contradecir las decisiones adoptadas por la Sala de Gobierno en el ámbito de sus competencias. No podrá tampoco impartir instrucciones particulares relativas a asuntos concretos en los que un Secretario Judicial intervenga en calidad de fedatario o en el ejercicio de sus competencias de ordenación y dirección del proceso» (arts. 465.8 LOPJ y 16.h) del ROCSJ, en relación con circulares e instrucciones procedentes del Ministerio de Justicia, y 21.2.II ROCSJ en relación con circulares e instrucciones procedentes del Secretario General de la Administración de Justicia».

El ROCSJ también prevé (en armonía con lo previsto en el art. 452.3 LOPJ), la creación, como órgano adicional de coordinación, de «comisiones mixtas de Secretarios Judiciales y representantes de las Comunidades Autónomas con competencias asumidas en sus respectivos ámbitos territoriales, de las que formarán parte, al menos, los Secretarios Coordinadores Provinciales».

<sup>159</sup> En el ROCSJ se prevé la redacción en cada provincia de un «Protocolo de Actuación en el Procedimiento» que «será elaborado por el Secretario Coordinador Provincial y aprobado por el Secretario de Gobierno» (letra c del art. 8 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales). En los citados protocolos, «respetando las competencias procesales de los jueces y tribunales» se incluirán, «las normas de actuación y comunicación entre las distintas unidades de la Oficina Judicial cuando ambas [unidades procesales de apoyo directo y Servicios Comunes Procesales] deban intervenir en la tramitación del procedimiento, [...], así como la integración de las instrucciones

coordinación y dirección las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia<sup>161</sup>. También los jueces pueden dar «criterios e instrucciones» a los funcionarios que prestan servicio en la unidad procesal de apoyo directo (Instrucción 1/2011, de 31 de marzo, «sobre el funcionamiento de las Unidades Procesales de Apoyo Directo a Jueces y Magistrados y su actuación coordinada con los servicios comunes Procesales»).

Según el Protocolo Marco (elaborado por el Ministerio de Justicia en 2009) corresponde al juez competente para la ejecución con el apoyo de la unidad procesal de apoyo directo de su juzgado, el despacho de ejecución, la orden general de ejecución, la vista y resolución de la oposición a la ejecución y de los recursos que se interpongan contra las distintas resoluciones que dicte el propio juez o cualesquiera de los diferentes secretarios intervinientes en el lanzamiento; al secretario del servicio común de ejecución corresponderá dictar el decreto de concreción ejecutiva otorgando, en su caso, el plazo de garantía, así como los distintos oficios y mandamientos que requiera la preparación de la diligencia de lanzamiento; al secretario del servicio común de actos de comunicación y ejecutivos, le corresponde constituir la comisión judicial y, a través de éste, realizar materialmente el lanzamiento y las comunicaciones (oficios, mandamientos, requerimientos) que este precise.

---

recibidas de las Comunidades Autónomas que hayan recibido los traspasos de medios personales al servicio de la Administración de Justicia para garantizar la efectividad de las funciones de éstas en materia de organización y gestión de medios personales y materiales al servicio de la Administración de Justicia y todos aquellos otros datos que el redactor del protocolo crea convenientes para la más eficiente tramitación de los procedimientos judiciales». (párrafo segundo del art. 8, letra c, párrafo 4.º ROCSJ).

<sup>160</sup> La LOPJ (arts. 452.3 y 454.2 LOPJ) y los arts. 8 y 9 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales (Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre) atribuyen a estos Secretarios judiciales el deber de «coordinación con los órganos de gobierno del Poder Judicial y con las Comunidades Autónomas que hayan recibido los traspasos de medios personales al servicio de la Administración de Justicia» exigencia de coordinación que alude tanto a las distintas unidades de la Oficina Judicial (art. 8 del ROCSJ) como a su relación con otros órganos y Administraciones (art. 9 del ROCSJ.). Para garantizar su realización, cada Secretario Judicial «deberá hacer cumplir, en el ámbito organizativo y funcional que le es propio, las órdenes y circulares que reciba de sus superiores jerárquicos» (letra b del art. 8).

<sup>161</sup> Según el art. 152.1,12.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, les corresponde a las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia «recibir informes del Secretario de Gobierno, por iniciativa de éste o de la propia Sala, en todos aquellos asuntos que, por afectar a las oficinas judiciales o Secretarios Judiciales que de él dependan, exijan de algún tipo de actuación. En este caso, el Secretario de Gobierno tendrá voto en el acuerdo que pueda llegar a adoptarse»

Debe advertirse que la dispersión de funciones en distintas unidades no debe hacer perder de vista ni la naturaleza jurisdiccional ni la relevancia de las resoluciones que se adoptan en cada uno de los momentos procesales que conducen al lanzamiento. En todas ellas se realizan cogniciones y juicios relativos a la vigencia y alcance respectivo de los derechos fundamentales de demandante y demandado y se delimita y concreta progresivamente el principio de proporcionalidad. Tampoco debe perderse de vista que la contradicción no desaparece en el proceso de ejecución, aunque se manifieste, las más de las veces, una vez dictada la resolución correspondiente por medio de los recursos interpuestos contra la misma. Al amparo de la compleja estructura administrativa creada y sin dudar de su eficiencia desde el punto de vista del ahorro de recursos y de tiempo (en línea con el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías), hay que prevenirse frente al automatismo empobrecedor que se produciría si cada unidad perdiese de vista la exigencia de una cognición rigurosa a partir de las circunstancias concurrentes y en el marco de las decisiones ya adoptadas con carácter particular (orden general de ejecución, decreto de concreción de medidas ejecutivas, mandamiento ordenando la función y composición de la comisión judicial) y general (reglamentos, instrucciones y protocolos)

Previsiones frente a la dispersión de autoridades pueden encontrarse en las distintas normas aplicables. El art. 9 del Reglamento del CGPJ 2/2010 (en capítulo dedicado a los servicios comunes con funciones de realización de actos de comunicación y de ejecución), establece que «[...] los Protocolos de Actuación en el Procedimiento deberán establecer los mecanismos de comunicación adecuados para lograr la perfecta comunicación con los responsables de los órganos ordenantes, al objeto de poder resolver con inmediatez las cuestiones que se puedan suscitar en la práctica de las diligencias encomendadas». Con la misma función de reparto funcional, el párrafo tercero del art. 10.1 del Reglamento recién citado reclama la máxima precisión de las diligencias a realizar estableciendo que «[...] en las diligencias que se remitan para su cumplimiento por el servicio común deberán constar todos los datos necesarios para su correcta realización y posterior devolución al órgano remitente. Asimismo deberá adjuntarse la documentación necesaria»; más aún:

la falta de información relevante para el lanzamiento permite al secretario judicial director del servicio común (por ejemplo, del servicio común de actos de comunicación y ejecutivos) interesar del órgano remitente «la información relativa a si está autorizado el acceso a la vivienda o lugar cerrado, si procede descerrajar la puerta cuando fuera preciso, recabar el auxilio de la fuerza pública o adoptar todas aquellas medidas que se consideren necesarias al efecto de asegurar la práctica de la diligencia, y a cuantos datos identificativos y descriptivos se disponga de la finca que permitan su inequívoca localización»; en general, para la realización de actividades a realizar por la comisión judicial se recabará «el mandamiento original o testimonio de la resolución que acuerde la actuación» por lo que será práctica admisible que el secretario del órgano ordenante (por ejemplo, el secretario de la unidad procesal de apoyo directo o el secretario director del servicio común de ejecución) precise en un mandamiento los términos en los que la comisión judicial del servicio común de actos de comunicación y ejecutivos debe conducirse. Es decir, debe ser el secretario de la unidad competente para dictar el decreto de concreción ejecutiva quien a la vista del título ejecutivo, del despacho de ejecución y de la orden general de ejecución recibida de la unidad procesal de apoyo directo ordenará la actuación que conlleve el lanzamiento, precisando mediante el decreto de concreción de medidas ejecutivas y el mandamiento dirigido a la comisión judicial los términos en que ésta debe intervenir aun cuando sea bajo la dirección inmediata del secretario de la unidad procesal en que se constituye.

En este sentido de búsqueda de unidad de actuación, la directriz decimosexta de la Instrucción 1/2011, de 31 de marzo del Pleno del CGPJ «sobre el funcionamiento de las Unidades Procesales de Apoyo Directo a jueces y magistrados y su actuación coordinada con los Servicios Comunes Procesales» establece que para el control y seguimiento de los asuntos cuya competencia corresponda al juez o Magistrado «Las distintas aplicaciones de gestión procesal contarán con sistemas que permitan al Juez o Magistrado conocer en todo momento el estado de tramitación del asunto sometido a su conocimiento, velando el secretario Judicial y los funcionarios de la unidad procesal de apoyo directo para que la información esté debidamente actualizada y sea completa».



### 3.4.2. *Oficios de cooperación dirigidos a las Administraciones*

En el caso de disponer de los recursos necesarios en el organigrama de la oficina judicial se deberán recabar los medios adecuados de las Administraciones Públicas competentes (policía, servicios sociales, servicios de atención de menores...) lo que, en principio, deberá realizarse a través de las denominadas unidades administrativas (art. 439 LOPJ)<sup>162</sup>. Estas unidades administrativas, situadas extramuros de la oficina judicial, al tiempo que cumplen la función de «jefatura, ordenación y gestión» de los recursos humanos y medios materiales de la oficina judicial, sirven también para poner al servicio de los órganos jurisdiccionales aquellos medios humanos y materiales que exigen ejercicio de funciones distintas de las que tengan encomendadas los funcionarios de los cuerpos (generales o especiales) de la Administración de Justicia<sup>163</sup>.

La aportación de medios de las Administraciones Públicas puede hacerse integrando en las denominadas oficinas comunes de apoyo —sub-unidades de la unidad administrativa— aquellos funcionarios de cuerpos ajenos a la Administración de Justicia a quienes corresponda «la prestación de servicios, cuya naturaleza no exija la realización de funciones encomendadas como propias por esta ley orgánica a los funcionarios de los Cuerpos de la Administración de Justicia y que se consideren necesarios o convenientes para el buen funcionamiento de las mismas» —art. 439.1 II LOPJ—<sup>164</sup>. Las unidades

---

<sup>162</sup> MARTÍN CONTRERAS afirma que las Unidades Administrativas «nada tienen que ver con la propia organización judicial, sino que están destinadas a prestar la intendencia de la Oficina Judicial. [...] el precepto se refiere al ámbito administrativo de la Justicia, es decir, a lo que la STC 56/1990 denomina “administración de la Administración de Justicia” o lo que es lo mismo, al ámbito que les es propio al Ministerio de Justicia y a las CC. AA. que han asumido competencias» (Martín Contreras, Luis, «La implantación de la nueva Oficina Judicial», en *Diario La Ley*, año XXVII, número 6549, de 14 de septiembre de 2006, versión digital en Internet)

<sup>163</sup> Tales Cuerpos son los que enumera el art. 470 LOPJ en el frontispicio del Título VI de dicha Ley («De los Cuerpos de Funcionarios al Servicio de la Administración de Justicia y de otro personal») y son los Cuerpos de Gestión Procesal y Administrativa, de Tramitación Procesal y Administrativa, y de Auxilio Judicial, como «Cuerpos Generales» y los Cuerpos de Médicos Forenses, de Facultativos del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, de Técnicos Especialistas del INTCF y de Ayudantes de Laboratorio del INTCF, como «Cuerpos Especiales». Las oficinas judiciales sólo pueden integrarse por este tipo de funcionarios (art. 435.3 LOPJ).

<sup>164</sup> Para ello «Los puestos de trabajo de estas Unidades Administrativas, cuya determinación corresponderá al Ministerio de Justicia y a las comunidades autónomas con competencias asumidas, en sus respectivos ámbitos, podrán ser cubiertos con personal de los Cuerpos de funcionarios al

administrativas, en este sentido, actúan de enlace entre las Administraciones Públicas (en una de las cuales se integran), que disponen de los recursos materiales, humanos y organizativos especializados que requieren ciertos actos de ejecución —y, particularmente, por lo que ahora nos interesa, actos de lanzamiento de vivienda—, y los órganos jurisdiccionales, que no disponen de dichos medios en sus unidades procesales de apoyo directo ni en sus servicios comunes procesales. En este mismo sentido, el art. 473 LOPJ precisa la posibilidad de prestación de servicios en la Administración de Justicia a cargo de funcionarios procedentes de otras administraciones para atender (de forma permanente u ocasional) tareas «que requieran conocimientos técnicos o especializados» de que no dispongan los Cuerpos de funcionarios de la Administración de Justicia; autoriza, asimismo, a que estas tareas puedan ser realizadas por personal laboral «cuando no existan cuerpos o escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación técnica necesaria para el desempeño de determinadas actividades específicas o para la realización de actividades propias de oficios, así como de carácter instrumental, correspondientes a áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos o instalaciones u otras análogas».

Las unidades administrativas y sus oficinas comunes de apoyo son, por consiguiente, entidades competentes para articular la prestación de los medios especializados que requieran los tribunales, sea por solicitud directa de la unidad procesal de apoyo directo del tribunal competente para el lanzamiento, sea en virtud de la solicitud formulada por los servicios comunes procesales encargados de gestionar la diligencia de lanzamiento correspondiente (servicio común de ejecución o servicio común de actos de comunicación y ejecutivos).

Sin perjuicio de la utilización de medios técnicos específicos al servicio de la Administración de Justicia a través de las oficinas comunes de apoyo de la unidad administrativa, no debe desconocerse que en muchas ocasiones la intervención requerida caerá de lleno en el marco de políticas públicas (sociales, de vivienda, de menores, de protección a la mujer, de salud...) cuyo desarrollo (por su

---

servicio de la Administración de Justicia, de la Administración del Estado y de las comunidades autónomas que reúnan los requisitos y condiciones establecidas en la respectiva relación de puestos de trabajo» (art. 439.3 LOPJ).

complejidad o volumen de recursos o por estar integradas de manera inescindible en el desarrollo de las potestades típicas de dichas Administraciones) no sólo no puede concebirse en el seno de la Administración de Justicia sino que tampoco parece plausible que sean prestadas a través de la adscripción de medios a oficinas de apoyo y que sólo podrán serlo a través de la intervención directa de la Administración pública competente<sup>165</sup>. Es decir, si bien se puede sostener que en ocasiones será suficiente la intervención aislada (por ejemplo, auxiliando a la comisión judicial) de profesionales o funcionarios integrados en las oficinas de apoyo (trabajadores sociales, orientadores, psicólogos, etc.), habrá ocasiones en que las medidas adecuadas para el lanzamiento requieran personal y medios materiales organizados e insertos en programas y protocolos complejos de los que sólo disponen las Administraciones Públicas competentes: servicios de salud, servicios sociales, menores, de vivienda, de atención a la mujer, etc.

### 3.4.3. *Requerimientos dirigidos a particulares*

Las partes pueden solicitar del tribunal la intervención de determinados funcionarios integrados en las Oficinas de Apoyo, en la Administración de Justicia o en otras Administraciones Públicas para el cumplimiento de la diligencia de lanzamiento (intervención del médico forense, de la policía judicial, de los servicios sociales...); pero también pueden solicitar la intervención de profesionales contratados por ellas mismas, (típicamente un cerrajero, pero también otros medios como médicos, ambulancia, técnicos de diverso tipo para facilitar la constancia de los daños causados al inmueble o la presencia de mejoras, etc.). La intervención de profesionales libres a costa y a solicitud de una parte se realiza en el marco del proceso judicial de naturaleza pública y regido por sus principios específicos. Por tanto:

---

<sup>165</sup> Una de las directrices propuestas por la Comisión para la Eficacia de la Justicia (European Commission for the Efficiency of Justice/CEPEJ) del Consejo de Europa en diciembre de 2009 (doc. CEPEJ(2009)11REV2) reclama para la ejecución la «disponibilidad de los diferentes agentes implicados en la ejecución [*stakeholders*]» afirmando que «Todos aquellos agentes implicados en algún aspecto de la ejecución (policías, expertos, traductores, intérpretes, autoridades locales, aseguradores, expertos en atención a la infancia, etc.) deberían tener un estatuto legal adecuado para colaborar con aquellos agentes a cuyo cargo está la ejecución y deberían ser fácilmente localizables en caso de que su colaboración fuera necesaria para la ejecución de una resolución judicial. En particular, los trabajadores sociales deberían estar disponibles en aquellos casos de en que en hubiera niños u otras personas vulnerables afectadas por el procedimiento de ejecución» (doc. CEPEJ(2009)11REV2 § 16)

a) La intervención debe ser autorizada expresamente mediante decreto del secretario judicial a quien corresponde la concreción de las actividades ejecutivas. La autorización podrá efectuarse con cierta indeterminación subjetiva, es decir, sin identificar nominativamente a la persona concreta que va a participar (posteriormente será labor de la comisión judicial identificar a los sujetos concretos que intervengan en la diligencia) aunque sí las características exigidas a tal sujeto y el sentido y alcance de su intervención.

b) Por exigencias derivadas del principio de proporcionalidad su intervención deberá ser autorizada de modo subsidiario respecto de otras intervenciones con el mismo alcance y menos gravosas, de tal modo que se autorice la intervención de dicho profesional libre sólo si los medios inicialmente previstos resultan ineficaces. Por ejemplo, el cerrajero sólo intervendrá si el ocupante no abre requerido a ello por la comisión judicial y, además, la Comisión no consigue la llave del inmueble solicitándola al presidente de la comunidad de vecinos, al portero del inmueble o a un vecino previamente requeridos a su entrega<sup>166</sup>. Sólo fracasando el primer medio se podrá acudir al segundo y repercutir el gasto como las costas procesales.

c) Puede ser autorizada con carácter alternativo respecto de medios similares de titularidad pública siempre y cuando su resultado haya de ser el mismo cualquiera que sea la naturaleza y retribución (pública o privada) del profesional que las realice. Es posible que pese a existir medios públicos, el acreedor aspire a agilizar el desarrollo de la diligencia y, del mismo modo que se puede hacer cargo de un exhorto, se haga cargo de ciertas actuaciones materiales. En este caso, el coste de tales medios corresponderá asumirlo al ejecutante y no podrá ser repercutido en las costas.

---

<sup>166</sup> REDONDO GARCÍA, en referencia al problema específico de acceso al inmueble, refleja la práctica por la que, por un lado, se prescinde de toda actividad informativa previa, lo que obliga a suspender la diligencia de lanzamiento con el consiguiente retraso, y, por otra, se exige una constante intervención del demandante: «cuando la Comisión Judicial, tratándose de fincas urbanas, no puede acceder al portal del edificio, por no estar dotado de conserje o portero [...] la Comisión Judicial puede requerir la colaboración de cualquier vecino del inmueble para que abra el portal y facilite el paso. Cuando ello no es posible la Comisión Judicial suele suspender la diligencia. Para evitarlo es posible que el adjudicatario haya indagado quién es el Presidente de la Comunidad de Propietarios y puede pedir a la Comisión Judicial que le dé a conocer a dicho Presidente como nuevo vecino y que le requiera para la entrega de la llave de acceso que le corresponde como nuevo propietario» (Redondo García, Fernando, *La entrega de la posesión en los procedimientos de ejecución de inmuebles*, 2002, cit., págs. 58 y 59).

d) El tribunal debe comprobar y garantizar la adecuación (titulación, homologación, autorización administrativa...) de los medios puestos por las partes al servicio de la ejecución, de modo que no causen perjuicios innecesarios en los bienes o persona del ejecutado.

e) Por razones de igualdad de armas, la intervención que tenga como finalidad fundar una decisión del tribunal (por ejemplo, de un médico para acreditar el estado de salud del ocupante que impida o dificulte el traslado; de un técnico que pueda acreditar el riesgo que presenta un animal de guarda de una finca...) debería realizarse bien con los medios que disponga el propio tribunal (el médico forense), bien con medios recabados por éste (servicios municipales de perrera, por ejemplo). Se tratará, en general, de medios públicos que con esta intervención no hacen sino asumir y desarrollar su propia función (a través del cumplimiento de sus competencias y el ejercicio de sus potestades).

#### *3.4.5. Comunicaciones requeridas y ordenación de la diligencia de lanzamiento.*

La preparación de la actividad prevista para la «diligencia de lanzamiento» puede requerir del tribunal competente una no desdeñable actividad procesal para movilizar y coordinar distintos sujetos públicos o privados e incluso a otros órganos jurisdiccionales encargados de materializar la diligencia mediante cooperación jurisdiccional. Toda esta tarea corresponde bien a las unidades procesales de apoyo directo, bien a los servicios comunes de Comunicación, directamente (mediante oficios, mandamientos y requerimientos) o por medio de la Unidad Administrativa u Oficina de Apoyo en ella integrada en cuanto a ellas corresponde proporcionar medios técnicos que tengan adscritos o los que puedan recabar por medio de convenios con diversas Administraciones Públicas. Esta actividad debe formar parte de la fase de preparación de la diligencia para impedir dilaciones y descoordinación en el momento de su práctica.

Con todo, no se debe perder de vista que la actividad material de todas estas personas, se integren o no en la Administración de Justicia y actúen o no mediante un vínculo retribuido con aquella, actuarán en el marco del proceso de ejecución, con subordinación, por tanto, al juzgado y que sus actuaciones, en cuanto son

realización de resoluciones previas del tribunal. En la medida en que la actuación de las Administraciones Públicas intervinientes a instancia del tribunal se aparte de las resoluciones dictadas por éste, incluso de la dirección que corresponde a la comisión judicial en el momento de actuación material de la diligencia de lanzamiento, podrán ser impugnadas por las partes a través del mecanismo previsto en el art. 562.3.º LEC.

No se trata, pues, desde nuestro punto de vista, de delegar la ejecución forzosa en autoridades no jurisdiccionales aun cuando sean Administraciones Públicas con competencia en la materia para la que se reclama su colaboración (menos aun en particulares) sino de subordinar sus potestades administrativas y sus medios técnicos (o los medios privados) a la potestad jurisdiccional de forma que se pongan al servicio del proceso las competencias y recursos de que disponen.

### *3.5. Diligencias para obtener información*

La relevancia de una adecuada información sobre el estado del inmueble y de la existencia, número y condición de sus ocupantes para la adopción de decisiones sobre la actividad ejecutiva necesaria en cada caso justifica el desarrollo de las medidas de las que nos ocupamos este apartado. Tales medidas pueden formar parte de aquello que «proceda» para dar efectividad a la condena de entrega de un bien inmueble (art. 703.1 LEC). En primer lugar, dicha información puede ser necesaria para adoptar fundamentadamente decisiones relativas al alcance o extensión del plazo de garantía (arts. 699 y 703.1 LEC). Cuando el inmueble es una vivienda, el plazo inicial viene acotado tanto en su otorgamiento como en su duración pero la concesión de la prórroga sólo lo queda delimitada en su duración mas no en su otorgamiento que dependerá de la existencia de «razones fundadas» (art. 704.1 LEC) las cuales estarán, a su vez, en función de la información de que disponga el tribunal. En segundo lugar, la información sobre las condiciones de ocupación del inmueble y de sus ocupantes, será relevante para que el tribunal pueda cooperar con éstos, ya durante el plazo de garantía, recabando la intervención tuitiva de las Administraciones Públicas competentes, facilitando el cumplimiento del requerimiento de desalojo. En tercer lugar, la información puede ser necesaria para

decidir con fundamento sobre las medidas cautelares solicitadas<sup>167</sup>. En cuarto lugar, una adecuada información sobre el estado de ocupación del inmueble y sobre las posibilidades y dificultades (tanto meramente técnicas como específicamente jurídicas) para su desalojo, será la mejor guía para orientar la actividad de preparación de la diligencia de lanzamiento durante esta etapa previa a la diligencia. Naturalmente, si no se dispone de la adecuada información, el tribunal no podrá preparar la diligencia ni adecuarla a las circunstancias reales concurrentes en el caso, debiendo limitarse a preparar el lanzamiento con la adopción de medidas genéricas (conformación de la comisión judicial) o típicas (autorización de asistencia e intervención de cerrajero; oficio a la policía para que proporcione cooperación el día señalado) y posponer al momento de práctica de la diligencia (cuando la Comisión se desplace al inmueble) el descubrimiento de las circunstancias reales y las verdaderas necesidades instrumentales para proceder al mismo, con la consecuencia de tener que interrumpir el acto de lanzamiento si faltan las condiciones para seguir adelante. En quinto y último lugar, la información obtenida puede ser el origen del incidente de intervención de terceros ocupantes (art 704.2 LEC), pudiendo adelantar su desarrollo a la fase de preparación evitando así tener que suspender la diligencia ya iniciada.

La información necesaria para adoptar las diferentes decisiones que requiere la actividad de ejecución puede estar disponible a partir de los propios autos del juicio declarativo y, en tal caso, podrá ser aprovechada por el tribunal en virtud del principio de adquisición procesal. También podrá ser aportada *ex novo* por las propias partes o por los ocupantes que sin ser parte se consideren con derecho a permanecer en el mismo (art. 704.2 LEC). Puede sostenerse que la aportación de parte debe ser la formal habitual de acceder el tribunal a la información relevante para el juicio (principio de aportación de parte); no obstante, el principio de aportación de parte queda compensado en el proceso de ejecución por el carácter reglado de la misma y por los principios de efectividad, conexión de la actividad con el derecho material y proporcionalidad; no

---

<sup>167</sup> Como señala CARBALLO PIÑEIRO, «La diligencia de poner cosas inmuebles en posesión del ejecutante requiere conocer su situación física y jurídica; esto es, los límites de la finca y las condiciones en que deba entregarse, así como las posibles relaciones jurídicas que se hallen constituidas sobre la misma. Ello permite proceder al desalojo de los ocupantes y muebles ajenos, a la notificación de la identidad del nuevo poseedor a terceros interesados y a la actualización del Registro» (Carballo Piñeiro, Laura, *Ejecución de condenas de dar*, 2001, cit., pág. 327).

debe olvidarse que los datos fácticos a cuya obtención nos referimos no son el fundamento de la pretensión (lo es el título ejecutivo) como de la correcta actuación jurisdiccional en satisfacción de la misma. Dado que la LEC atribuye al tribunal la potestad (que, según el art. 703.1 LEC corresponde al secretario judicial) de ordenar «lo que proceda», entendemos que el secretario podrá ordenar de oficio también aquella actividad procesal específica que le permita obtener la información necesaria para los fines reseñados. Por otra parte, en cuanto la obtención de dicha información tiene entre sus objetivos garantizar la eficacia de la diligencia de lanzamiento, se puede considerar, en sí misma, como una medida cautelar adecuada para asegurar la eficacia de la ejecución y, en este sentido, amparada también por el art. 700 LEC (*vid. supra* § 3.3.4).

Ciertamente, es también posible el desarrollo de la fase de preparación y evitación de la diligencia de lanzamiento sin acudir a las medidas informativas reseñadas. Tal ocurrirá en los supuestos de lanzamiento directo, pues para ellos parece quedar expresamente excluido cualquier trámite previo a la diligencia de lanzamiento. Sin embargo, tal actuación «a ciegas» podrá tener como resultado que la presencia en el curso de la diligencia de obstáculos no anticipados por el tribunal y la falta de previsión de los recursos para hacerles frente (asistencia policial cuando hay resistencia de los ocupantes, asistencia médica si se trata de enfermos o ancianos, falta de previsión de un alojamiento alternativo, etc.) exija la suspensión de la diligencia de lanzamiento a la espera de la adopción de las medidas oportunas —con detrimento del derecho al proceso sin dilaciones—, salvo que se decida la prosecución del mismo con el riesgo consiguiente de vulneración de derechos fundamentales de los ocupantes. Por ello, esta forma de proceder (agotar el plazo de garantía sin realizar ninguna actividad judicial indagatoria) puede terminar siendo dilatoria y antieconómica: se desaprovecha la oportunidad que proporciona el plazo de garantía para adoptar las medidas de preparación de la diligencia ulterior (ganando tiempo mediante las solicitudes de cooperación necesarias); se desaprovecha la cooperación que se pudiera haber obtenido del ejecutado si se hubieran puesto algunos medios para ello (de nuevo, mediante cooperación de las Administraciones Públicas especializadas); se margina, finalmente, la garantía de consulta previa que, al menos en el ámbito internacional de protección los Derechos Humanos, es una exigencia de la prohibición de desalojos forzosos. En este último sentido, debe recordarse que la Observación General n.º 7 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (1997)



establece que «entre las garantías procesales que se deberían aplicar en el contexto de los desalojos forzosos» figura: «una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas» (§ 15): interpretación del derecho a la vivienda que ha sido acogida por el Comité de Derechos Sociales del Consejo de Europa<sup>168</sup> y que podría satisfacerse parcialmente con el requerimiento de información dirigido a los propios ocupantes. El TEDH también ha resaltado la relevancia de un adecuado proceso de toma de decisiones por parte de las autoridades responsables del desalojo, llegando a condenar al Estado demandado por no haber seguido un mecanismo de toma de decisiones apto para ponderar correctamente las consecuencias del desalojo sobre los sujetos pasivos (casos Chapman c. Reino Unido —2001—; Connors c. Reino Unido —2004—; Mc Can c. Reino Unido —2008— y Kay y otros c. Francia —2010—)<sup>169</sup>.

Las diligencias para obtener información ordenadas por el tribunal pueden presentar diversos niveles de intensidad siendo exigible la proporcionalidad de las mismas no adoptándose medidas más graves o intrusivas si se pueden obtener los datos necesarios con otras medidas que lo sean menos. A continuación, procedemos a una clasificación de las diligencias que podría acordar el tribunal para obtener información sobre el estado de ocupación del inmueble.

1.º Requerimiento al ejecutante, al ejecutado o a los ocupantes del inmueble<sup>170</sup> para que ofrezcan información sobre la identidad de los diferentes ocupantes y su vínculo respectivo con el sujeto pasivo de la ejecución (presencia de

---

<sup>168</sup> En su decisión a la reclamación formulada por FEANTSA contra Francia (decisión de 2007), el Comité señaló la necesidad de consulta con las personas afectadas: «La protección legal a las personas amenazadas de desalojo debe incluir, en particular, la obligación de consultar a todas las partes afectadas para buscar soluciones alternativas al desalojo» (§ 88); en el mismo sentido la decisión (2007) recaída en el caso de International Movement ATD Fourth World contra Francia, § 78.

<sup>169</sup> Vid. supra, tercera parte, capítulo segundo, § 2.1.

<sup>170</sup> Para Carballo Piñeiro, la petición de que se requiera al ejecutado para que manifieste la situación física y jurídica, de la cosa «está fundada en el desconocimiento por parte del ejecutante de las circunstancias que permitan la puesta en posesión inmediata del bien objeto de la ejecución [...] la efectividad de este requerimiento depende de las medidas coercitivas que se articulen para el caso de que el ejecutado ignore este requerimiento» (Carballo Piñeiro, Laura, Ejecución de condenas de dar, 2001, cit., pág. 294. El requerimiento a los ocupantes se halla contemplado en el art. 704.2 LEC para los supuestos en que el tribunal conozca de la existencia de ocupantes. La posibilidad de que el Tribunal no conozca de su existencia justifica el desplazamiento de la Comisión Judicial al inmueble.

familiares con sus diferentes edades, de huéspedes, empleados, subarrendatarios, etc.); sobre las condiciones sanitarias, sociales o económicas de los ocupantes que dificulten su desalojo (enfermedad crónica o dificultades físicas para el traslado, carencia de alojamiento alternativo...) y sobre las situaciones de contexto o ambiente (natural o social) que puedan condicionar la salida del inmueble (hallarse alguno de los ocupantes en tratamiento médico que requiera una cierta estabilidad del paciente, la presencia en el inmueble de menores en periodos de exámenes o situaciones peculiares —de tipo religioso, por ejemplo— que requieran una mínima estabilidad, etc.).

Los requerimientos de información pueden ir reforzados, al menos frente al demandado, con los apercibimientos a que se refiere el art. 699 LEC en cuanto la respuesta requerida forma parte también, en un sentido procedimental o instrumental, de la prestación de entrega a la que están obligados. Es decir, el art. 699 prevé un requerimiento de ciertas conductas orientadas al cumplimiento cuya desobediencia permite sancionar con multas coercitivas y otras advertencias de intromisión en la esfera personal del deudor; tales conductas son especificadas en el art. 703 como aquellas procedentes para la entrega del inmueble; sostenemos que entre tales conductas puede incluirse la de ofrecer al tribunal toda la información relevante que éste le solicita. Al requerimiento se podría acompañar, asimismo, la advertencia de considerar como abuso de derecho, al amparo de lo previsto en los arts. 11 LOPJ Y 247 LEC, la invocación posterior de aquellas circunstancias que ya concurrían cuando se formuló el requerimiento y que los potenciales beneficiarios silenciaron, rechazando, en consecuencia, las peticiones que se formulen con fundamento en una invocación extemporánea (denegando, por ejemplo, la prórroga del plazo de garantía ex art. 704.1 LEC o la suspensión de la diligencia de lanzamiento salvo que la causa fuera sobrevenida al requerimiento informativo) o, al menos, imponiendo las multas correspondientes a dicho abuso.

Aunque el demandado aportase, por iniciativa propia, los mencionados datos sobre su situación personal o la de otros ocupantes de él dependientes, e, incluso, justificase dicha situación de forma «pericial» a través de informes elaborados por personal sanitario (público o privado), servicios sociales, etc. aun corresponde al tribunal valorar la información ofrecida tales medios y determinar su suficiencia o

completar o corroborar dicha información (ordenado el desplazamiento del médico forense, si el demandado ha aportado un informe médico no oficial, por ejemplo)<sup>171</sup>.

2.º Requerimientos dirigidos a terceros ajenos al inmueble (portero del inmueble, presidente de la comunidad de propietarios, administradores de fincas que actúen como secretarios de las mencionadas comunidades, etc.) para que manifiesten la información a que hemos hecho referencia y que sea por ellos conocida.

Este requerimiento de información puede ser dirigido a tales terceros acompañada de los correspondientes apercibimientos respecto de la imposición de multas coercitivas en los mismos términos que hemos señalado al tratar de las medidas cautelares aunque en esta ocasión el requerimiento no obedecería a una función cautelar sino propiamente ejecutiva (arts. 118 CE, 17 LOPJ y aplicación analógica de los arts. arts. 589.3 LEC y 591.2 LEC).

3.º La entrada en el inmueble de la comisión judicial asistida, de ser necesario, por la policía y por los el personal técnico (procedentes de las oficinas comunes de apoyo a la oficina judicial de o de las distintas Administraciones Públicas) que el tribunal estime conveniente (en función de los datos de los que ya disponga) para obtener por sí mismo e *in situ* la información necesaria (asistentes sociales, forenses...)<sup>172</sup>. Por lo que respecta a los médicos forenses

---

<sup>171</sup> En el sistema francés de expulsión de ocupantes de vivienda el *Huissier* debe informar al Prefecto de las situaciones de necesidad que pueda apreciar en la vivienda para que éste, a su vez, lo ponga en conocimiento de los servicios sociales y éstos pongan en marcha del plan de ayuda correspondiente. El *Huissier* debe comunicar los datos relativos al ocupante de cuya expulsión se trata y los de quienes convivan con él (por ejemplo: «local de xm<sup>2</sup> ocupado por tres personas, entre ellas un niño de tal edad, los padres ejercen tal profesión, etc.). Vid. Perrot, Roger y Théry, Philippe, *Procédures Civiles d'Exécution*, Dalloz, Paris, 2000, págs. 624.

<sup>172</sup> En otro contexto (en el marco de un procedimiento de apremio), pero con razonamientos que consideramos aplicables, *mutatis mutandis*, a nuestro caso, vid. FRANCO ARIAS, cit. nota [129](#). Este mismo autor alude a la posibilidad de que la finca que va a subastarse pueda ser visitada por los futuros postores con el fin de conocer su estado: «la realización de una o más visitas al inmueble por los posibles postores pocos días antes de la subasta bajo la supervisión del Tribunal, no infringiría el art. 18.2 CE incluso aunque se trate del domicilio del ejecutado. Si con ella pueda potenciarse el precio de venta, quedaría amparada por el art. 17 LOPJ. En todo caso y especialmente si el inmueble es el domicilio de una persona, no debería abusarse de dicha medida reduciendo las visitas a una sola poco antes de la subasta a la que podrían asistir todos los posibles interesados. La visita debería ser comunicada con varios días de antelación al ejecutado y si el ocupante del inmueble alega causas justificadas para cambiar la hora, la fecha o dejarla incluso sin efecto, el Tribunal, previa audiencia de

el art. 479.2 LOPJ destaca expresamente, como parte de su tarea, la de emitir informes y dictámenes médicos legales en el marco del proceso judicial».

Sería admisible la realización de esta última diligencia por los juzgados de paz actuando mediante auxilio judicial, dada su proximidad al lugar donde debe practicarse la diligencia y, en ocasiones, también por su conocimiento de la realidad concreta del Municipio. La legislación procesal es restrictiva respecto a la cooperación que corresponde proporcionar a los juzgados de paz. Según establece el art. 71.3 del Rto. 5/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales «[...] habrá de evitarse que sobre los juzgados de paz recaiga por vía del auxilio jurisdiccional la práctica de actuaciones procesales que desborden las posibilidades de su organización y medios»; en este mismo sentido, el art. 170 de la LEC parece contemplar, únicamente, la posibilidad de que a través de los juzgados de paz se realicen diligencias de comunicación, idea que reitera el art. 4.2 de la Instrucción 4/2001, de 20 de junio, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, *sobre el alcance y los límites del deber de auxilio judicial*. Sin embargo, la instrucción citada matiza que los límites rigen sólo «con carácter general», permitiendo ponderar «la situación concreta que concurra en cada caso, la naturaleza de la diligencia solicitada y la disponibilidad de medios del juzgado de Paz destinatario» (art. 4.3 de la Instrucción citada<sup>173</sup>).

Por la naturaleza meramente indagatoria de la actividad (y si no requiere conocimientos especializados) podría admitirse también su realización por la policía judicial cuyo informe se uniría a los autos<sup>174</sup>. La policía judicial, en todo

---

las partes, así debería acordarlo {Por ejemplo, se solicita la suspensión debido a la grave enfermedad de alguno de los ocupantes que podría verse perjudicado por la visita, siempre que ello quede suficientemente acreditado}» (Franco Arias, Just, «Problemática derivada de la posesión en la subasta judicial», *Justicia* 98, *Revista de Derecho Procesal*, 1998, I-II, pág. 23 y nota 3).

<sup>173</sup> Para lo cual «Los servicios comunes para la práctica de los actos de comunicación y ejecución prestarán a los Juzgados de Paz que lo precisen la asistencia que sea necesaria para cumplimentar las peticiones de auxilio judicial que éstos reciban» (art. 4.6 de la Instrucción).

<sup>174</sup> MONTERO AROCA Y FLORS MATÍES, aludiendo a las medidas para averiguar el patrimonio del ejecutado (que estos autores consideran aplicables también a la averiguación del estado de las cosas que deben entregarse) señalan que: «se ha considerado como diligencia de investigación adecuada recabar el auxilio de la policía judicial para localizar los bienes del ejecutado» (Montero Aroca, Juan y Flors Matíes, José, *Tratado del proceso de ejecución civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, tomo I, pág.

caso, deberá intervenir asistiendo a la comisión judicial cuando su resistencia haga necesario acudir a la fuerza para la entrada en domicilio; a este respecto no debe olvidarse que pese a su función informativa se trata de una medida procesal de ejecución en cumplimiento de un título ejecutivo por lo que el recurso a la coerción está justificado (*vid. supra* § 3.2.2).

Cuando sean necesarios conocimientos especializados (médicos, psicológicos, asistenciales...) para evaluar las condiciones de ocupación del inmueble o las condiciones personales de sus ocupantes será necesaria la intervención de funcionarios especializados que podrán pertenecer bien a las unidades administrativas —oficinas comunes de apoyo—, bien a las Administraciones Públicas competentes (trabajadores sociales, especialistas en intervención con menores...). Tales funcionarios pueden elaborar de informes por encargo del tribunal (sobre la situación social o sanitaria de los ocupantes, por ejemplo), a partir de los cuales podrían redactar, en su caso, también por orden del tribunal, propuestas de intervención que favorezcan el desalojo mientras dura el plazo de garantía (por ejemplo, estableciendo condiciones en que tales ocupantes pueden acceder a los recursos sociales, sanitarios, habitacionales, etc. existentes)<sup>175</sup> así como identificar los mecanismos y recursos necesarios para llevar a cabo el desalojo forzoso durante la diligencia de lanzamiento sin vulnerar los derechos fundamentales de los ocupantes o el principio de proporcionalidad (reserva de plaza en residencias, hospitales; mecanismos de atención a menores en situaciones de riesgo, etc.). Dicho de otro modo: la diligencia informativa sería el punto de partida de una propuesta especializada relativa a las medidas de cooperación con el ejecutado que evite el lanzamiento y a las medidas de preparación de la siguiente fase a las que hemos hecho referencia en anteriores apartados (*vid. supra* §§ 3.2 y 3.4).

Las actividades informativas podrían implicar la mediación con los propietarios para negociar con los arrendatarios. Las Administraciones intervinientes con conocimiento específico del caso (situación del arrendatario y sus posibilidades)

---

654).

<sup>175</sup> En Dinamarca algunas organizaciones privadas han

podrían ofrecer un cierto apoyo al pago de las rentas (atrasadas o futuras, en todo o en un porcentaje, por un periodo más o menos largo...); el ocupante de la vivienda podría asumir también, si fuera pertinente, determinados compromisos con el arrendador (prestación de determinados servicios —jardinería—, renuncia a una parte del inmueble —cochera, por ejemplo—, nuevas condiciones —para el acceso a la luz, agua o gas, por ejemplo—) o frente a la Administración que lo apoya (por ejemplo, sometiéndose a una cierta supervisión de los servicios sociales). El nuevo acuerdo podría ser realizado ante el secretario judicial adquiriendo valor de transacción judicial (art. 19 LEC) cuyo incumplimiento del mismo permitiría al propietario solicitar su ejecución mediante lanzamiento (art.517.3.ºLEC). Si la negociación requiriese más tiempo del que permite el plazo de garantía podría acordarse con el arrendador una suspensión de la ejecución al amparo del art. 565 LEC.

### 3.6. *Actividades relativas a bienes muebles y mejoras*

La norma contenida en el párrafo segundo del art. 703.1.LEC («Si en el inmueble que haya de entregarse hubiere cosas que no sean objeto del título, el secretario judicial requerirá al ejecutado para que las retire dentro del plazo que señale. Si no las retirare, se considerarán bienes abandonados a todos los efectos») tiene como *ratio legis* evitar que el ejecutante tenga que cargar con el depósito forzoso de los bienes muebles que el ejecutado deje en el inmueble o que, alternativamente, se vea forzado costear su puesta a disposición del ejecutado (quizá mediante una consignación judicial, traslado al nuevo domicilio del demandado, a un guardamuebles...). Tal carga sería, sin duda, una carga injusta ya que equivaldría a una sanción por el incumplimiento ajeno. En este sentido, la norma citada crea un mecanismo *sui generis* de tutela (que, con prevenciones, podemos calificar como una acción de naturaleza mixta: monitoria y constitutiva; *vid. supra*, parte 2.ª, capítulo 2, § 4) que permite al demandante librarse de la mencionada carga. Como consecuencia del ejercicio de esta acción el tribunal dirige al demandado la orden de retirada de los bienes muebles (aspecto monitorio de la acción) con apercibimiento o advertencia de su consideración *ex lege* como bienes abandonados (aspecto constitutivo).

Aun cuando el artículo no hace mención al ejercicio de una solicitud del demandante (por lo que pudiera pensarse que el tribunal debe proceder de oficio), la necesidad de postulación es, en nuestra opinión, una consecuencia evidente del principio dispositivo: se trata de proporcionar una prestación nueva, la de retirada de bienes, que, si bien es conexa con la pretensión ejecutiva de lanzamiento (la necesidad de esta forma de tutela proviene del hecho del lanzamiento), ni es instrumental de ella (no hace falta para la entrega posesoria), ni es accesoria de la de la misma (habrá supuestos de lanzamiento en que los bienes muebles pertenezcan al demandante) y no queda cubierta por el carácter reglado de la ejecución: es una prestación nueva que debe solicitarse.

La finalidad de la norma —evitar una carga desproporcionada para el demandante— no es, por consiguiente, que el demandado pierda la titularidad de sus bienes en favor del demandante, sino sólo que el demandante no tenga que pechar injustamente con su depósito. Aquellos objetos cuya presencia en el inmueble no sea perjudicial para el deudor como los de pequeño tamaño que, además, precisamente por esta razón, pueda haber olvidado el deudor (pensemos en bienes valiosos de poco tamaño como dinero, joyas, sellos...) no pueden, como consecuencia de la norma, pasar, sin más, al patrimonio del demandante (al margen de las evidentes dificultades de prueba sobre la titularidad de dichos bienes olvidados)<sup>176</sup>.

Sólo aquellas cosas «que hubiere en el inmueble» (en el momento de la entrega) se pueden considerar abandonadas, no aquellas otras que con posterioridad pudiera introducir el ejecutante una vez toma posesión del inmueble y cuya titularidad pueda acreditar el ejecutado. Por ello consideramos necesario que este incidente incluya una previa diligencia de constancia de los bienes muebles que el inmueble contiene en el momento del cambio posesorio. Dicha diligencia de constancia, para cumplir su función, debe ser simultánea

---

<sup>176</sup> Los Principios y Directrices sobre desalojos por motivos de desarrollo (2007), han destacado que «Los bienes y posesiones abandonados involuntariamente deben protegerse contra la destrucción y la apropiación, la ocupación o el uso arbitrarios e ilegales» (UN doc. A/HRC/4/18/Anexo I § 50).

o inmediatamente anterior a la diligencia de lanzamiento. Tras la diligencia de constancia se podrá formular el requerimiento de retirada expresando los bienes que deben retirarse.

Requerido el deudor a la retirada de bienes podrá hacer saber al tribunal que éstos pertenecen a un tercero. El tercero deberá ser informado de la circunstancia del lanzamiento a pesar de que a él no se refiera norma del art. 703.1 LEC. Se ha sostenido que podría hacerse extensivo al tercero el mecanismo descrito, dirigiéndole el requerimiento correspondiente, pero no vemos la razón para que un tercero ajeno al lanzamiento deba soportar un mecanismo tan exigente cuando no tiene la posesión de dichos bienes (puede ocurrir que el demandado no le permita el acceso al inmueble y que, por tanto, esté más allá de su voluntad la retirada de los objetos). Sería en cambio admisible dirigir la orden de retirada (con la advertencia de quedar abandonados) a los terceros que conviven con el ejecutado o aquellos a los que se extienda el lanzamiento en virtud del incidente de intervención ex art. 704.2 LEC pues tales sujetos si tienen acceso a los bienes y, por consiguiente, responsabilidad en su retirada o abandono.

El ejecutado puede solicitar durante el periodo de garantía el abono de las mejoras que haya introducido en el inmueble conforme al art. 703.2 LEC. No obsta a ello que el artículo citado mencione el acto de lanzamiento como el momento procesal oportuno para realizar tal solicitud: en nuestra opinión, la LEC señala con ello el *dies ad quem* pero no el *dies a quo*. De esta norma nos ocuparemos con más detenimiento el capítulo correspondiente a la fase de desarrollo de la diligencia de lanzamiento.

#### **4. Actos de ordenación, dirección y constancia de la actividad ejecutiva**

La actividad procesal que se debe desarrollar durante la fase de preparación y evitación de la diligencia de lanzamiento y que hemos desgranado en apartados anteriores, es resultado del ejercicio de la potestad de ordenación y dirección del secretario judicial (sea el secretario de la unidad procesal de apoyo directo, sea el secretario director del servicio común de ejecución) a través de oportunos decretos



o diligencias. La materialización de las diferentes resoluciones procesales corresponde a sujetos diversos integrantes de la unidad procesal de apoyo directo, del servicio de ejecución o de otros servicios comunes (como el servicio de auxilio judicial, el servicio de actos de comunicación y ejecutivos...); pero también de las unidades administrativas, oficinas de apoyo, de las diversas Administraciones Públicas o de los particulares requeridos, lo que puede implicar una intensa actividad de comunicación procesal (con cierto detalle nos hemos ocupado de este aspecto en *supra*, § 3.4).

Toda esta compleja actividad aconseja que las diversas medidas, pese a su variada función y naturaleza, se realicen, en la medida de lo posible, con unidad de acto, contribuyéndose a la economía procesal<sup>177</sup>. De este modo, el desplazamiento al inmueble de la comisión judicial para proceder, al amparo de los arts. 700 y 703 LEC, a la aplicación de las medidas cautelares acordadas (embargo cautelar de bienes, elaboración un inventario de bienes muebles, levantamiento de un acta o diligencia haciendo constar las mejoras incorporadas al inmueble o su estado de conservación, notificación al ejecutado de la prohibición de contratar respecto al inmueble o de introducir nuevos bienes muebles o realizar mejoras, etc.) puede servir también para que la comisión judicial aprecie *in situ* aquellas circunstancias del inmueble (como la existencia de mecanismos de apertura especialmente complejos, la presencia de animales de defensa...) o de sus ocupantes (identidad de las personas que ocupan el inmueble, la relación que guardan con el ocupante, las necesidades específicas de protección derivadas de su edad o estado de salud...) que puedan fundar las resoluciones del tribunal sobre la prórroga del plazo de garantía, la idoneidad de proporcionar al ocupante medios que favorezcan su salida durante el del plazo de garantía o sobre la adopción de las medidas adecuadas de preparación de la fase siguiente. Es decir, al tiempo que se procede a adoptar las medidas cautelares se desarrolla una diligencia de naturaleza informativa.

No puede descartarse que, una vez se dispone de información relevante (derivada del juicio precedente, de las manifestaciones del ejecutante, del propio ejecutado

---

<sup>177</sup> RAMOS MÉNDEZ proponía que el embargo previsto en el art. 923 LEC de 1881 se realizase en el mismo acto en que se procedía al requerimiento judicial al deudor para que realizase la conducta debida (Ramos Méndez, Francisco, *Derecho Procesal Civil II*, Barcelona, Bosch, 1992, pág. 1022).

o aun de terceros) a esta diligencia inicial puedan ya ser convocadas las Administraciones Públicas competentes para afrontar las necesidades conocidas (sanitarias, socio-económicas, menores, etc.). En tal caso, acompañando con este fin a la comisión judicial, podrán entrevistarse con los ocupantes elaborando un informe técnico sobre la situación existente. Partiendo de estos informes técnicos el tribunal podría fundar de manera más precisa (y por ello más conforme con el principio de proporcionalidad) sus resoluciones sobre prórroga del plazo inicial, sobre medidas de cooperación en el desalojo del ocupante (quizá las propias medidas sugeridas en su informe por las administraciones intervinientes) o sobre medidas necesarias de preparación de la diligencia de lanzamiento asegurando que se dispondrá de los medios que garanticen su éxito.

Toda esta actividad de lanzamiento, dirigida por el secretario judicial, deberá tener en cuenta los protocolos de actuación en el procedimiento elaborados por el secretario coordinador provincial y aprobados por el secretario de gobierno (art. 8 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de secretarios Judiciales), por cuanto los citados protocolos, «respetando las competencias procesales de los jueces y tribunales» incluirán, «las normas de actuación necesarias para la estandarización de las tareas procesales» (letra c), párrafo 4.º ROCSJ); también deberán tener en cuenta las instrucciones que puedan recibir de otras Administraciones Públicas indicando, por ejemplo, los términos en que dichas Administraciones ofrecerán sus medios y colaboración a los tribunales (art. 9, letra b; 16.h) y 21.2.II ROCSJ).

## **5. Asistencia jurídica a las partes**

### *5.1. Abogados y procuradores de las partes*

#### *5.1.1. Carácter preceptivo de la intervención.*

El carácter preceptivo de la actuación durante el lanzamiento con asistencia de abogado y representación por medio de procurador se encuentra, en nuestra opinión, justificado tanto formal como materialmente. Desde el punto de vista formal, la asistencia técnico-jurídica está justificada por la regla general que establece el carácter preceptivo de tales profesionales durante la ejecución, de la

que el lanzamiento es una fase: arts. 539 LEC («ejecutante y el ejecutado deberán estar dirigidos por letrado y representados por procurador»), 23.1 LEC («la comparecencia en juicio será por medio de Procurador») y 31.1 LEC («los litigantes serán dirigidos por abogados»).

La intervención de tales profesionales está igualmente justificada desde el punto de vista material. Durante la fase de lanzamiento dictan resoluciones requeridas de cognición judicial y con grave repercusión en derechos procesales y materiales de gran relevancia para las partes a la que no debe ser ajena la posibilidad de audiencia bilateral con las máximas garantías que para ésta representa la asistencia letrada y la representación técnica. El alcance de esta intervención profesional al servicio de las partes comprendería las diferentes peticiones en relación con medidas cautelares (art. 700 LEC), otorgamiento de plazo y su prórroga (art. 704.1 LEC), solicitud de medios de cooperación con el ejecutado o de preparación de la diligencia de lanzamiento (con base en el art. 703.1 LEC), orden de retirada de bienes muebles (segundo párrafo del art. 703.1 LEC), reclamación de abono de mejoras (art. 703.2) reclamación de abono de desperfectos (art. 703.3 LEC); así como las impugnaciones correspondientes: oposición al despacho de ejecución por motivos de fondo o de forma, recursos frente a la orden general de ejecución o el decreto de concreción de medidas ejecutivas por apartarse de lo previsto en el título (art. 563 LEC), recursos contra los decretos de concreción de medidas ejecutivas y otras resoluciones por vulnerar normas procesales o materiales, incluido el principio de proporcionalidad (arts. 551.5 y 562.1.1.º y 2.º LEC), la impugnación de actuaciones materiales irregulares realizadas sin el amparo de una resolución expresa (art. 562.1.3.º LEC) y la petición de interrupción y suspensión de actividades ejecutivas con motivo de las correspondientes impugnaciones (art. 567 LEC).

La intervención preceptiva de abogado y procurador sólo queda excluida en aquellos procesos de ejecución en los que el título ejecutivo fuera una resolución procesal<sup>178</sup> obtenida en un proceso en el que no hubiera sido preceptiva la intervención de

---

<sup>178</sup> A estos efectos, la ejecución de los laudos no se asimila a la de títulos jurisdiccionales y siempre será necesaria la asistencia de abogado y procurador según el art. 539.1 LEC. Vid. MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *Tratado del proceso de ejecución civil*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 420 y 421.

abogado y procurador (párrafo primero del art. 539.1 LEC «ejecución de resoluciones dictadas en procesos en que no sea preceptiva la intervención de dichos profesionales»); a saber: juicios verbales de cuantía inferior a 2.000 euros (arts. 22.1.1.º y 31.1.1.º LEC<sup>179</sup>) y procesos monitorios de cuantía igualmente inferior a 2.000 euros en los que no se hubiera presentado oposición (párrafo segundo del art. 539.1 LEC)<sup>180</sup>. Lo anterior implica que las características cualitativas del objeto del proceso declarativo (implicadas en el tipo de juicio: verbal o monitorio) combinadas con las cuantitativas (implicadas en el valor de la demanda: inferior a 2.000 euros)<sup>181</sup>, no sólo condicionan la exigibilidad de asistencia de abogado y procurador en el propio proceso de declaración sino también la intervención ulterior de dichos profesionales en el proceso de ejecución de la condena recaída.

Cuando con el proceso de ejecución se pretende la entrega de un bien inmueble, la gravedad del resultado es innegable, atendidas no sólo la relevancia patrimonial que en sí mismos tienen estos bienes, sino también su habitual relevancia como soporte para el disfrute de otros derechos de la mayor importancia para la persona como el derecho a la vivienda (y éste, a su vez, expresión de la protección debida

---

<sup>179</sup> Según la redacción que les da la Ley 4/2011, de 24 de marzo, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía, aumentando de 900 a 2.000 la cuantía a partir de la cual en los juicios verbales se requiere asistencia de abogado y representación por medio de procurador.

<sup>180</sup> Que, tras la reforma por la Ley 4/2011, de 23 de marzo citada dice: «Para la ejecución derivada de procesos monitorios en que no haya habido oposición, se requerirá la intervención de abogado y procurador siempre que la cantidad por la que se despache ejecución sea superior a 2000 euros».

<sup>181</sup> MONTERO AROCA Y FLORS MATÍES (vid. *Tratado*, págs. 373 y 379) sostienen que la referencia que hace la ley a los juicios verbales de cuantía inferior a 900 euros [hoy 2000] para excluir la exigencia de comparecencia mediante abogado y procurador (arts. 23 y 31 LEC) no comprende los juicios verbales por razón de la materia (como son los de desahucio: art. 250.1.1.º LEC) sino únicamente los que lo sean por razón de la cuantía (art. 250.2 LEC). Críticamente respecto a esta conclusión, ESCALERBASCOMPTE, Ramón, *El desahucio por falta de pago*, Atelier, Barcelona, 2006, págs. 50 y 51 (citando exhaustivamente, las diversas posturas a favor y en contra). Según TORRES LÓPEZ, que también se muestra crítico, esta doctrina es, sin embargo, acogida por alguna Jurisprudencia menor, forzando la literalidad de precepto, para garantizar la defensa letrada en los juicios verbales de desahucio. En el mismo sentido crítico ACHÓN BRUÑÉN, M.<sup>a</sup> José, para quien «si en los juicios verbales *ratione materiae* el legislador hubiera pretendido la asistencia preceptiva de dichos profesionales hubiese empleado en los mentados preceptos 23 y 31 de la LEC una redacción similar a la utilizada en el art. 437.2 LEC en donde tan solo se permite al actor principiar el procedimiento cumplimentando unos impresos normalizados “en los juicios verbales en que se reclame una cantidad que no exceda de 900 euros”, redacción que difiere sustancialmente de la de los arts. 23 y 31 que excepcionan de Abogado y de Procurador a «los juicios verbales cuya cuantía no exceda de 900 euros».

a otros derechos como hemos reiterado) o al trabajo (inmuebles rústicos o de negocio). La relevancia de los bienes afectados por esta modalidad de ejecución aconsejaría, en nuestra opinión, la asistencia preceptiva, en todo caso, de los profesionales mencionados<sup>182</sup>. Sin embargo, uno de los casos más comunes de lanzamiento, el que se sigue en ejecución de sentencias de desahucio, no requerirá preceptivamente intervención de los citados profesionales cuando la renta anual del inmueble sea inferior a 2.000 euros, atendido que el juicio de desahucio se tramita como juicio verbal (con diversas y cada vez más numerosas peculiaridades) y la cuantía de estos litigios se determina por dicha anualidad de renta (art. 251.9 LEC)<sup>183</sup>. Aun reconociendo, en principio, que se trata de una opción legítima de política legislativa<sup>184</sup>, ésta no deja de estar condicionada por

---

<sup>182</sup> En el mismo sentido TORRES LÓPEZ para quien «Sin perjuicio de que [...] una interpretación un poco forzada de la norma permita sostener la intervención preceptiva de dichos profesionales en los juicios de desahucio, según nuestro criterio, procedimientos de esta naturaleza en los que está en juego un bien de primera necesidad como es la vivienda habitual deberían exigir siempre aquella intervención más acorde a dos principios constitucionales básicos, como son el derecho a la vivienda y la tutela judicial efectiva. Por ello, lejos de un mal entendido corporativismo, consideramos necesario que se clarifique *de lege ferenda* la norma en el sentido expuesto» (Torres López, Alberto, Los juicios de desahucio, 2007, cit., pág. 193).

<sup>183</sup> Que, tras su reforma por la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios, afirma que «En los juicios sobre arrendamientos de bienes, salvo cuando tengan por objeto reclamaciones de las rentas o cantidades debidas, 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»

<sup>184</sup> La exención, en ciertos supuestos, de postulación obligatoria a través de abogado y procurador pretende favorecer el acceso a la jurisdicción, haciéndolo menos costoso sobre todo en asuntos cuya cuantía no justifica la inversión que supone contratar los servicios de juristas profesionales y el riesgo que en tal caso implica la condena en costas. Sin embargo, como contrapartida, la satisfacción de la pretensión desarrollada sin asistencia profesional se vuelve de resultado más incierto y para los titulares de rentas más bajas, posibles beneficiarios de la justicia gratuita, al hacerse imposible la obtención de abogado y procurador de oficio, se puede producir el efecto inverso al pretendido: que para estas personas se esté desincentivando el acceso a la jurisdicción al no disponer de recursos para costearse los citados profesionales. En el caso de los procesos monitorios se logra un equilibrio razonable pues la formulación de la petición inicial no reviste complejidad y en caso de complicarse el juicio por la oposición del demandado será preciso acudir (en función de la cuantía del pleito ya con posibilidad de obtener el beneficio de justicia gratuita) a los profesionales correspondientes. Por esta razón la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, ha podido ampliar la cuantía de este juicio hasta los 250.000 euros. En cambio, en el caso de juicios verbales la cuantía inferior a 2.000 euros no conlleva necesariamente la sencillez del juicio por lo que si bien es cierto que el acceso a la jurisdicción se puede ver cuestionado de exigirse la contratación de juristas profesionales (haciendo antieconómico el litigio), también se ve cuestionado (e incluso imposibilitado para quien carece de recursos) si las posibilidades de éxito disminuyen drásticamente (por falta de asesoramiento profesional). En el caso de los juicios de desahucio, la existencia de un inmueble sobre el que se desarrolla o pretende desarrollar la vida privada y familiar o la actividad laboral y empresarial de sus

exigencias garantistas relativas a la tutela efectiva de los derechos fundamentales (propiedad, vivienda, intimidad...). Una de las garantías consideradas necesarias para prevenir desalojos forzosos (en cuanto modalidad prohibida por el derecho internacional de los derechos humanos) es la asistencia jurídica a los ocupantes desalojados (ONU: Principios y Directrices sobre desalojos por motivos de desarrollo (2007), § 41; OG núm. 7 §§ 11 y 15.g; Consejo de Europa: *INTERIGHTS c. Grecia* (2009), §§ 67 y 69; *Feantsa c. Francia* (2007), § 88). No puede relativizarse la anterior exigencia sosteniendo que, preceptiva o no, la asistencia de abogado y procurador en el lanzamiento es siempre una facultad de las partes: sólo si la asistencia jurídica de abogado y procurador es preceptiva será posible obtenerla con amparo en el beneficio de asistencia jurídica gratuita (art. 6.3.º LAJG).

Salvo en el mencionado caso de desahucio, la mayoría de los títulos jurisdiccionales de los que típicamente se puede derivar el lanzamiento, anticipan la relevancia de la ejecución subsiguiente, pues tienen su origen bien en juicios especiales en que requiere siempre asistencia de abogado y procurador (como son procesos matrimoniales de nulidad, separación o divorcio, ex art. 750 LEC<sup>185</sup>), bien en juicios ordinarios, que también exigen todo caso asistencia jurídica profesional (como los juicios ordinarios significados en varios números del apartado primero —v.gr. los n.ºs 6.º, 7.º y 8.º— y segundo del art. 249 LEC<sup>186</sup>) o

---

ocupantes o de quienes pretenden su entrega, otorga a los procesos correspondientes un valor o incentivo económico superior a la cantidad menor a 2.000 euros en que pueda llegar a valorarse la demanda. Una posible solución a este complejo equilibrio sería desvincular el acceso a la justicia gratuita del carácter preceptivo de la asistencia letrada: quien carece de recursos podría obtener, en todo caso, asistencia jurídica gratuita, mientras que quien sí dispone de tales recursos podría valorar libremente su interés en hacerlo a su costa.

<sup>185</sup> Artículo que contiene una norma específica para la ejecución: cuando «a pesar del acuerdo suscrito por las partes y homologado por el tribunal [en los procesos de separación o divorcio de común acuerdo], una de las partes pida la ejecución judicial de dicho acuerdo», en cuyo caso «se requerirá a la otra para que nombre abogado y procurador que la defienda y represente» (art. 750.2 íf.) LEC).

<sup>186</sup> Pretensiones sobre arrendamientos urbanos y rústicos excluidos los de desahucio —resolución o extinción del contrato por falta de pago o expiración del plazo del arriendo y condena a su restitución— y los de reclamación de rentas (art. 249.1.6.º LEC); pretensiones de retracto (art. 249.1.7.º LEC); pretensiones al amparo de la Ley de Propiedad Horizontal (entre las que se cuenta la de privación de uso de piso o local) (art. 249.1.8.º); pretensiones de cantidad (que pueden originar el lanzamiento como resultado de la adjudicación del inmueble mediante el procedimiento de apremio) superior a 6.000 euros (art. 249.2 LEC).

bien, finalmente, en juicios verbales (art. 250 LEC n.ºs 1, 2, 3, 4, 6 y 7<sup>187</sup>) cuya cuantía queda determinada por el valor del inmueble (art. 251 regla 2.ª LEC)<sup>188</sup>, que difícilmente<sup>189</sup> será inferior a 2.000 euros<sup>190</sup>. De este modo, con la excepción de los juicios de desahucio indicados, queda garantizada la armonía entre la entidad o relevancia del proceso de ejecución (el interés en juego) y el grado de asistencia técnica a las partes que exige el legislador.

Aunque fue una cuestión discutida en su momento<sup>191</sup>, originariamente la LEC parecía determinar la cuantía de los juicios (arrendaticios) de desahucio por el valor del inmueble objeto de arrendamiento (regla 9.ª del art. 251 LEC)<sup>192</sup>,

---

<sup>187</sup> Pretensiones de desahucio arrendaticio rústico o urbano —es decir, pretensiones de resolución o extinción del contrato por falta de pago o expiración del plazo del arriendo y condena a la restitución del inmueble— (art. 250.1.1.º LEC); de recuperación posesoria de la finca en precario (art. 250.1.2.º LEC); de puesta en posesión de bienes recibidos en herencia (art. 250.1.3.º LEC); de retener y recobrar la posesión (art. 250.1.4.º LEC); de demolición de obra ruinosas (art. 250.1.6.º LEC); de tutela posesoria del titular según el Registro (art. 250.1.7.º LEC).

<sup>188</sup> Según la regla segunda del art. 251 «Cuando el objeto del proceso sea la condena de dar bienes muebles o inmuebles, con independencia de que la reclamación se base en derechos reales o personales, se estará al valor de los mismos al tiempo de interponerse la demanda».

<sup>189</sup> Pero no imposible: es concebible un bien inmueble que por su dimensión o condiciones tenga un valor inferior al mencionado y aun que tal inmueble ofrezca soporte a la vivienda habitual o a la actividad laboral del ocupante. Se tratará frecuentemente de supuestos de infravivienda reveladores de situaciones socialmente degradadas. Seguramente en estos casos el lanzamiento pueda proceder tanto por vía civil, si el titular del inmueble dispone de un título ejecutivo, como por vía administrativa por razones de salubridad o de ordenación urbana.

<sup>190</sup> Como hemos señalado en nota anterior, para algunos autores (MONTERO/FLORS) en el caso de los juicios verbales por razón de la materia (los que se siguen por las materias comprendidas en la lista del artículo 250.1 LEC) la exigencia de postulación a través de abogado y procurador es independiente de la cuantía de la demanda.

<sup>191</sup> El art. 489.10ª de la LEC de 1881 aludía genéricamente a los procesos arrendaticios valorando la demanda según la cuantía de una anualidad de renta o, en su caso, por la cuantía de las rentas reclamadas. ROSELLI GAIROLES consideraba que en los procesos de desahucio el objeto de la acción era la resolución de contrato y no la entrega de posesión por lo que procedía la aplicación de la regla general para los arrendamientos urbanos que era la cuantía de una anualidad de renta (Rosell i Gairoles, Teresa, «Los procedimientos arrendaticios», en AA. VV. (coord. Picò i Junoy, Joan), *La aplicación judicial de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2002, págs. 155 a 161, en especial, pág. 157). Por su parte, SAMANES ARA señalaba que la práctica, ya vigente la LEC de 2000, seguía empleando este criterio (Samanes Ara, C., «Las pretensiones procesales basadas en la falta de pago de las rentas de arrendamientos urbanos y la LEC de 2000», *La Ley*, n.º 5853, de 19 de septiembre de 2003). TORRES LÓPEZ también constataba que «[...] no faltan casos en los que el propietario prescinde premeditadamente de la asistencia letrada cuando la cuantía, fijada de forma interesada, no supera los 900 euros, con el objeto de intentar que el demandado no sea asistido de abogado y procurador de oficio» (Torres López, Alberto, *Los juicios de desahucio*, 2007, cit., pág. 193).

<sup>192</sup> La discusión procede ante lo que se consideraba una regulación poco clara. ACHÓN BRUÑÉN, consideraba merecedor de crítica que «en un juicio que podríamos tildar de “habitual” en

haciendo prácticamente imposible que quedara excluida la intervención preceptiva de abogado y procurador<sup>193</sup>. Mediante la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, se modificó la regla 9.ª del art. 251 LEC, extendiendo a los juicios de desahucio la regla de cómputo de la cuantía del juicio por el valor de una anualidad de renta. El nuevo criterio incrementa la posibilidad de que en un proceso de desahucio no sea preceptiva la representación procesal y asistencia técnica (por ser la renta anual inferior a 2.000 euros)<sup>194</sup> y, consecuentemente, que dicha asistencia no se halle cubierta por beneficio de asistencia jurídica gratuita para quien carezca de recursos para litigar: quien no pueda pagarse abogado y procurador deberá afrontar el desahucio y ulterior lanzamiento sin ayuda de dichos profesionales y asumir la

---

la práctica forense, la ley adolezca de una regulación clara y precisa respecto a la fijación de su cuantía, la cual se determina por medio de una serie de remisiones en cascada que conducen a una interpretación nada deseable» (ACHÓN BRUÑÉN, M.ª José, *Análisis práctico del Juicio de Desahucio por falta de pago*, J. M.ª Bosch, Barcelona, 2007, pág. 71); en efecto, para el caso de procesos arrendaticios cuyo objeto fuera la entrega de la posesión del bien arrendado, la regla 9.ª del art. 251 LEC remitía a la regla 3.ª del mismo precepto que, a su vez, lo hacía a la regla 2.ª la cual fijaba la cuantía de la demanda a partir del valor del inmueble.

<sup>193</sup> En este sentido, vid. VILLENA CORTÉS, Francisco de Borja, «Los procesos arrendaticios e interdictales: algunos problemas prácticos», en AA. VV. (coord. Picò i Junoy, Joan), *La aplicación judicial de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, J.M.ª Bosch Editor, Barcelona, 2002, págs. 133 a 137. También sostienen esta postura MONTERO AROCA y FLORS MATÍES (*Tratado del proceso de ejecución civil*, Tomo I, 2004, cit., págs. 236 y 269); también ESCALER BASCOMPTE, para quien «Parece clara la voluntad del legislador de que en estos supuestos la cuantía se fija atendiendo al valor de los bienes, cambiando el criterio del art. 489.10 LEC de 1881 que se centraba en la anualidad de rentas» (ESCALER BASCOMPTE, Ramón, *El desahucio por falta de pago*, Atelier, Barcelona, 2006, págs. 51 y 52); ACHÓN BRUÑÉN, en referencia al desahucio por falta de pago de las rentas y aun siendo muy crítica con la solución legal, considera que la acción ejercitada es de reclamación de la posesión (Achón Bruñén, M.ª José, op. ult. cit. págs. 74 y 75). MORENO MOCHOLI afirmaba que «Subordinada en principio la acción al derecho que le sirve de fundamento, suele conferirse a la primera el carácter que tuviere el segundo. Si es un derecho personal el objeto de la reclamación; si es un derecho real, como tal se conceptúa aquella. [...] Cuando el fundamento de la acción [de desahucio] radica en los derechos rescisorio y resolutorio, no podemos dudar de la naturaleza personal de aquélla. Sin embargo, no olvidemos que la acción de nuestro estudio tiene como fin último obtener el lanzamiento y éste persigue a su vez que el actor pueda recuperar el uso y disfrute de la cosa, que pasaron al arrendatario o al obrero o empleado, como resultas del vínculo contractual. Directamente va encaminada a que el poseedor natural desaloje la finca ocupada, saliendo de ella con familiares y enseres, pero indirectamente lleva consigo la posibilidad en el ejecutante de recuperar aquella posesión. Por esto, seguramente, MUCIUS SCAEVOLA señala como nota de la acción la recuperación de la posesión, [...] Lo argumentado nos lleva a la conclusión de que, si bien en los casos que nos ocupan la acción de desahucio es puramente personal, tiene indudablemente intensos efectos reales [...] la declaración de resolución o rescisión del vínculo, que lleva implícita el fallo que accede a la pretensión del actor [...] condena también a la restitución de la posesión para reintegración del mismo contenido posesorio al poseedor real del inmueble» (Moreno Mocholi, Manuel, «Derecho, acción y juicio de desahucio», en RGLJ (vol. VII), núm. 5, (1944), págs. 524 y 525.

<sup>194</sup> Algo mucho más fácil que cuando se exigía que el valor del inmueble fuera inferior a dicha cifra.



inmisión en las esferas más íntimas y valiosas de su esfera jurídica sin posibilidad de tal asistencia.

La posibilidad de que el lanzamiento se desarrolle sin abogado ni procurador queda reducida los siguientes supuestos:

1.º La ejecución de la sentencia de desahucio cuando el valor de la anualidad de la renta del inmueble a desalojar sea inferior a 2.000 euros.

En nuestra opinión, como acabamos de argumentar, esta norma permite que asunto tan relevante como la recuperación de un inmueble o el desalojo de quien lo ocupa (que trascienden el interés económico de la renta anual) se dilucide sin abogado y procurador. Ciertamente, el alto valor que resultaba de la norma anterior (el valor del inmueble) conducía a resultados igualmente desproporcionados en cuanto relaciones de naturaleza obligatoria de cuantía no elevada (arrendamientos de escasa cuantía) podían determinar unos gastos procesales elevados (sobre todo porque el valor de las costas a pagar por el litigante vencido se determina como un porcentaje del valor de la demanda<sup>195</sup>). La solución consistente en exigir la postulación mediante abogado y procurador únicamente para asuntos de cuantía superior a 2000 euros parece adecuada<sup>196</sup> pero se debería desvincular esta regla de la posibilidad de obtención del beneficio de asistencia jurídica gratuita (para

---

<sup>195</sup> El art. 394.3 LEC fija en 1/3 del valor de la demanda el límite de abono de costas (partida de abogado y procurador de la parte contraria) por el litigante vencido (no temerario). De considerar que el valor de la demanda es el valor del inmueble las costas serían fácilmente excesivas en este tipo de juicios. Sin embargo, la solución a este exceso no puede consistir en admitir la privación de un inmueble sin abogado ni procurador; TORRES LÓPEZ, antes de la reforma, advirtiendo de «la presentación por algunos letrados de minutas desproporcionadas amparadas en la fijación de la cuantía atendiendo al valor del inmueble» enfocaba el problema en línea con la doctrina del Tribunal Supremo según la cual «los honorarios profesionales del letrado no se pueden fijar con sujeción estricta a la cuantía, sino que debe hacerse en atención a la verdadera trascendencia económica y a la labor desarrollada por el profesional correspondiente» (TORRES LÓPEZ, Alberto, *Los juicios de desahucio*, 2007, cit., págs. 63 y 69).

<sup>196</sup> Solución que proponía ACHÓN BRUÑÉN que, ante el valor de la vivienda como criterio para determinar el valor de la demanda y, con ella la exigencia de abogado y procurador afirmaba que suponía «[...] elevar, en detrimento del arrendatario, las cuantías del procedimiento, pues de todos es sabido los altos precios que se barajan en el mercado inmobiliario» lo que lleva a esta autora a proponer, *lege ferenda*, criterios alternativos (Achón Bruñén, M.<sup>a</sup> José, *Análisis práctico del Juicio de Desahucio por falta de pago*, cit., págs. 71 y 72).

cuya obtención se tendría en cuenta el valor del inmueble). La separación de criterios permitiría al litigante habiente (sin derecho a justicia gratuita) valorar en arrendamientos de renta baja la conveniencia de acudir con abogado y procurador (ponderando costes y molestias así como sus posibilidades de éxito); pero, al propio tiempo, impediría que el litigante sin recursos (con derecho a litigar con asistencia jurídica gratuita) se enfrentara a tan importante pérdida sin posibilidad de asesoramiento profesional<sup>197</sup>.

La situación actual, además, produce una inexplicable situación que puede vulnerar el principio de igualdad (art. 14 CE): el ejecutado por un desahucio por falta de pago o expiración del plazo su de arriendo no dispondría de asistencia jurídica gratuita cuando la renta anual de la vivienda arrendada sea inferior a 2.000 euros mientras que el sujeto lanzado del inmueble arrendado por la restantes causas de resolución del contrato de arrendamiento (las tramitadas a través del juicio ordinario) dispondría de asistencia aun cuando la renta anual de su alquiler sea también inferior a 2.000 euros<sup>198</sup>.

---

<sup>197</sup> En cambio, atendiendo a las consecuencias que para las costas tiene la postura adoptada (consecuencias que, entendemos nosotros, pueden amortiguarse por otra vía), ACHÓN BRUÑÉN considera que «por medio del tenor literal de la ley se llega a un criterio de un alcance insospechado y desproporcionado para las partes litigantes» (op. ult. cit. pág. 71 y nota 113). Opinión compartida por LETE DEL RÍO, J.M. y ESPÍN ALBA, I., *Los arrendamientos rústicos. Según la Ley de 26 de noviembre de 2003*, Colex, Madrid, 2005, pág. 217. Sin embargo, la misma autora reconoce que «De hecho, la mayoría de los colegios de Abogados en sus normas orientativas de derechos profesionales no parten del valor del inmueble como cuantía de la demanda de desahucio por falta de pago» (*ibídem*, págs. 73 y 74)

<sup>198</sup> No obstante, esta conclusión quedaría obviada si se entendiese que la referencia en los arts. 23.1.1.º y 31.2.1.º LEC a los juicios verbales de más de 2.000 euros se refiere únicamente a los juicios verbales ex art. 250.2 LEC (los verbales por razón de la cuantía) y que excluye los verbales por razón de la materia ex art. 250.1 LEC, entre los que se cuentan los juicios de desahucio. En efecto, MONTERO AROCA Y FLORS MATÍES (vid. *Tratado*, págs. 373 y 379) sostienen que la referencia que hace la ley a los juicios verbales de cuantía inferior a 900 euros [2.000 tras la Ley 4/2011] para excluir la exigencia de comparecencia mediante abogado y procurador (arts. 23 y 31 LEC) no comprende los juicios verbales por razón de la materia (como son los de desahucio: art. 250.1.1.º LEC) sino únicamente los que lo sean por razón de la cuantía (art. 250.2 LEC). Críticamente respecto a esta conclusión, ESCALERBASCOMPTE, Ramón, *El desahucio por falta de pago*, Atelier, Barcelona, 2006, págs. 50 y 51 (citando exhaustivamente, las diversas posturas a favor y en contra). Según TORRES LÓPEZ, que también se muestra crítico, esta doctrina es acogida por alguna Jurisprudencia menor, forzando la literalidad de precepto, para garantizar la defensa letrada en los juicios verbales de desahucio. En el mismo sentido crítico ACHÓN BRUÑÉN, M.ª José, para quien «si en los juicios verbales *ratione materiae* el legislador hubiera pretendido la asistencia preceptiva de dichos profesionales hubiese empleado en los mentados preceptos 23 y 31 de la LEC una redacción similar a la utilizada en el art. 437.2 LEC en donde tan sólo se permite al actor principiar el procedimiento cumplimentando unos

2.º El lanzamiento que traiga causa de la ejecución (dineraria) bien de una sentencia de condena dictada en un juicio verbal de cuantía inferior a 2000 euros, bien del decreto dictado por el secretario judicial por falta de oposición en un proceso monitorio de cuantía inferior a 2000 euros.

En las ejecuciones dinerarias mencionadas, sin abogado ni procurador, se podría producir un embargo de bienes inmuebles, determinante, a su vez, de un ulterior lanzamiento, sea para propiciar su dación en pago o su entrega en administración al ejecutante, sea para realizar su entrega al adjudicatario de la subasta. En tales supuestos, la falta de abogado y de procurador en el proceso declarativo previo hará potestativa su participación en el proceso de ejecución dineraria posterior (arg. ex art. 539 LEC) en cuyo seno o a consecuencia del mismo, tiene lugar el lanzamiento<sup>199</sup>.

Si la cuantía de la condena dineraria fuera superior a 2.000 euros, el proceso de ejecución dineraria conllevaría la exigencia de abogado y procurador y, por consiguiente, quedaría garantizada su intervención en el lanzamiento posterior derivado de la adjudicación en pago al acreedor. Cuando el adjudicatario del inmueble en el proceso de ejecución dineraria es un tercero (el rematante) el art. 675 LEC parece eximir de abogado y procurador, la reclamación de entrega del inmueble con el correlativo lanzamiento del ocupante (sea el propio ejecutado o de un tercero considerado ocupante de hecho o sin título suficiente: art. 675.2 LEC)<sup>200</sup>.

---

impresos normalizados “en los juicios verbales en que se reclame una cantidad que no exceda de 900 euros”, redacción que difiere sustancialmente de la de los arts. 23 y 31 que excepcionan de Abogado y de Procurador a «los juicios verbales cuya cuantía no exceda de 900 euros».

<sup>199</sup> No obstante, la norma contenida en el art. 592.1 LEC con relación al embargo de bienes exige del tribunal la valoración de la onerosidad del embargo para el ejecutado. Además, el orden de prelación para el embargo en el apartado segundo del artículo citado sitúa los bienes inmuebles en séptimo lugar sólo antes del embargo de «sueldos, salarios, pensiones, e ingresos procedentes de actividades profesionales y mercantiles autónomas» (n.º 8) y del embargo de «créditos derechos y valores realizables a medio y largo plazo» (n.º 9), lo que hace difícil (pero no imposible) que se tenga que llegar a la subasta de un inmueble para realizar cuantías de tan escasa entidad.

<sup>200</sup> En este sentido, ROBLEDOS VILLAR señala que «Esencialmente, se trata de completar, en el más breve plazo posible, la sucesión de actos que integran la transmisión patrimonial, por lo que se prescinde de la exigencia de formalidad respecto a personaciones y actos similares que sólo acarrearían dilaciones innecesarias. Por ello, la protección que el ordenamiento jurídico otorga al adjudicatario excluye la necesidad de postulación procesal y, así, la petición será elevada directamente por el titular de la adjudicación, sin que se exija la actuación de procurador habilitado ni defensa letrada» (Robledo Villar, Antonio, *La subasta judicial: el remate*, 1998, cit., pág. 275).

Tal como hemos sostenido, la puesta en posesión de quien adquirió el inmueble en el curso del procedimiento de apremio mediante el correlativo desalojo del vendedor (ejecutado en el proceso en que tiene lugar la subasta) o de su ocupante sin título suficiente forma parte de un proceso de ejecución autónomo en el cual el testimonio expedido por el secretario judicial haciendo constarla adjudicación sirve de título ejecutivo. En cuanto proceso de ejecución le es aplicable la regla general de postulación y dirección letrada contenida en el art. 539 LEC: la intervención de abogado y procurador será exigible de haberlo sido en el proceso precedente, a saber, el proceso de ejecución dineraria en el que se enajenó el inmueble. Cuando el ocupante sea un tercero distinto del ejecutado (o de las personas que con él compartan la utilización de aquél, como habremos de analizar con más detalle) la anterior conclusión se ve respaldada por la exigencia de representación procesal y defensa técnica para el incidente de intervención previsto en el art. 675 LEC (apartados 2 a 4)<sup>201</sup>.

### 5.1.2. Asistencia jurídica gratuita.

#### a) Reconocimiento del derecho.

El beneficio de justicia gratuita obtenido, en su caso, para el proceso de declaración precedente, se extiende a la actividad de ejecución (art. 7.1 LAJG). En nuestra opinión, esta norma es también aplicable al lanzamiento que se sigue a instancia del ejecutante en un proceso de ejecución dineraria cuando

---

<sup>201</sup> Para ACHÓN BRUÑÉN en estos incidentes deben asistir los terceros (ocupantes de inmuebles objeto de subasta o de lanzamiento) asistidos por letrado y representados por procurador si en el proceso principal son exigibles: «El art. 539.1 LEC regula únicamente la defensa y representación técnica de quienes ostentan la posición de ejecutante y de ejecutado en el proceso de ejecución, pero nada dice de los terceros, sin que tampoco el supuesto que nos ocupa se pueda subsumir en ninguno de los apartados de los arts. 23 y 31 LEC como excepciones a la intervención de estos profesionales, por lo que en principio y partiendo de que la regla general en el proceso civil es la intervención preceptiva de Abogado y Procurador, salvo que la ley disponga lo contrario, consideramos necesaria su asistencia en dicho incidente cuando lo fueran en el proceso de ejecución» (Achón Bruñén, María José, «Intervención de Abogado y Procurador en los procesos de ejecución: supuestos conflictivos», *Diario La Ley*, núm. 7274, (2 de nov. de 2009); antes en «La problemática relativa al desalojo de terceros ocupantes de inmuebles subastados», RCDI, núm. 681, enero-febrero 2004, págs. 28, 33, y en «La problemática del embargo y enajenación forzosa de la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 28, 2006, págs. 69 y 70.

el propio ejecutante resultara adjudicatario del bien enajenado en el procedimiento de apremio (art. 675 LEC).

En cambio, será necesario el reconocimiento *ex novo* del derecho: (a) en el supuesto de ejecución de una resolución judicial no habiéndose solicitado tal beneficio en el proceso (declarativo o de ejecución) precedente, sin ser preciso (por tratarse de un nuevo proceso) invocar insuficiencia económica sobrevenida; (b) en el supuesto de ejecución de un laudo arbitral; (c) para los adquirentes de bienes a través del procedimiento de apremio que soliciten el lanzamiento del ocupante (art. 675.2 LEC), salvo que, tal como acabamos de señalar, el adquirente sea el propio actor del proceso de ejecución dineraria y dispusiera ya de estos profesionales; y, finalmente, (d) el ocupante llamado a intervenir en el incidente declarativo contradictorio regulado en los arts. 661.2, 675.2, 3, 4 y 704.2 LEC, cuando sea declarado ocupante sin título suficiente y, como tal, sometido a la ejecución forzosa (salvo que ya hubiera obtenido el beneficio para intervenir en el incidente previo).

Para el reconocimiento *ex novo* del derecho a la asistencia jurídica gratuita en el proceso de ejecución es admisible, en principio, la suspensión prevista en el art. 16 LAJG, no limitada en la Ley a una determinada modalidad de proceso. La suspensión tendrá lugar de oficio o a instancia de parte con base en el perjuicio que pudiera ocasionar la falta de asistencia letrada: preclusión de trámites o indefensión derivadas de no poder actuar en el procedimiento en tanto no se produzca el nombramiento provisional de abogado y procurador de oficio o se deniegue dicho nombramiento con carácter definitivo<sup>202</sup>. Para acelerar el nombramiento provisional de abogado y procurador de oficio o, en su caso, el pronunciamiento definitivo contrario a dicha pretensión (poniendo con ello fin a la suspensión y evitando dilaciones), el art. 21 LAJG autoriza al tribunal a solicitar por sí mismo (potestad que ejercita «atendidas las

---

<sup>202</sup> Según TORRES LÓPEZ esta suspensión «queda al libre arbitrio del Tribunal» (Torres López, Alberto, *Los juicios de desabucio*, 2007, cit., pág. 48). Sin embargo, creemos que la expresión «podrá» empleada por la ley impone al tribunal la valoración circunstanciada de la eventual preclusión o indefensión, no dándolas por supuestas por su mera petición. Pero no puede entenderse la expresión como atribución de discrecionalidad (o «libre arbitrio»): apreciado el potencial perjuicio, la suspensión es preceptiva.

circunstancias y la urgencia del caso») el nombramiento de abogado y procurador de oficio<sup>203</sup>.

La suspensión del proceso con motivo de solicitud de asistencia jurídica gratuita es preceptiva en los juicios (declarativos) de desahucio por falta de pago o por expiración de plazo del arriendo (apartado 3 del art. 33 LEC<sup>204</sup>), de tal modo que conocida por el tribunal la voluntad de una parte de obtener el beneficio de asistencia jurídica gratuita, «dictará una resolución motivada requiriendo de los colegios profesionales el nombramiento provisional de abogado y de procurador». También para minimizar el retraso que origina la suspensión del proceso con ocasión de la solicitud de asistencia jurídica en los procesos de desahucio, el apartado 4 del art. 33 LEC<sup>205</sup> establece un plazo preclusivo para que el demandado pueda solicitar la suspensión del proceso de cara al reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita: los tres días siguientes al de la notificación de la demanda de desahucio. No solicitando la suspensión del proceso de desahucio en dicho plazo, precluye este derecho y el proceso continúa aun sin la asistencia letrada reclamada<sup>206</sup>, sin perjuicio de que el demandado la pueda solicitar y

---

<sup>203</sup> Según ACHÓN BRUÑÉN, el apartado 3 mencionado «[...] pretende solventar los abusos de ciertos arrendatarios que con el ánimo de que se suspenda la vista del juicio verbal, solicitaban, poco tiempo antes de su celebración, el beneficio de asistencia jurídica gratuita alegando una carencia de medios económicos que podía ser o no cierta, pero cuya única finalidad era dilatar el desalojo del inmueble arrendado cuya renta no venían abonando» (Achón Bruñén, M.<sup>a</sup> José, *Análisis práctico del Juicio de Desahucio por falta de pago*, 2007, cit., pág. 117).

<sup>204</sup> Introducido por la ley 23/2003, de 10 de julio, *de garantías en la venta de bienes de consumo*

<sup>205</sup> Introducido por la ley 19/2009, de 23 de noviembre, *de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios*

<sup>206</sup> La carencia de una norma en este sentido (sólo había una norma parecida —pero insuficiente— en la DA Quinta apartado 3, regla segunda) había sido criticada (RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo, «Apunte urgente sobre la reforma del juicio de desahucio», *Jueces para la Democracia*, n.º 47, julio 2003, págs. 23-24; OCHOA MONZO, Virtudes, «El juicio de desahucio por falta de pago a la luz de las nuevas reformas de la LEC», *Práctica de Tribunales*, n.º 2 (2004), pág. 24), y tal práctica considerada un abuso de derecho. TORRES LÓPEZ, con referencia al juicio declarativo verbal de desahucio, afirmaba que «[...] no tiene sentido que esta solicitud [de asistencia jurídica gratuita] se haga cinco meses después del emplazamiento, horas antes de la vista o incluso al inicio de la misma. Estos últimos casos que muestran un claro abuso no deberían impedir nunca la celebración del juicio» (*ibidem*, pág. 48) y, con referencia a la solicitud de suspensión en el curso de la ejecución, señala: «Igual circunstancia [abuso de derecho] cabe alegar en los supuestos en los que el beneficio se solicita a fin de oponerse a la demanda ejecutiva en la que ya se pide de una forma efectiva el lanzamiento del arrendatario u ocupante. En estos casos, el abuso puede ser si cabe mayor, por cuanto se presume que se trata de una causa sobrevenida» (*ibidem*, pág. 50). MARTÍNEZ DE SANTOS, refiriéndose a los juicios declarativos (verbales), indica como factor de retraso la solicitud

obtener en el curso de las actuaciones. El plazo preclusivo señalado para solicitar asistencia gratuita con efecto suspensivo en el proceso declarativo afecta al proceso de ejecución (ejecución o lanzamiento directo): no habiéndose solicitado el beneficio de justicia gratuita en el momento oportuno del juicio declarativo, su solicitud al tiempo de la ejecución no la suspenderá, pues de otro modo quedaría enervado el señalamiento anticipado de la diligencia de lanzamiento. El plazo preclusivo para solicitar la suspensión en el declarativo precedente se proyecta sobre la ejecución en los casos de ejecución de sentencias de desahucio (lanzamiento directo)<sup>207</sup>, lo cual, por otra parte, es consecuente con la naturaleza de la ejecución directa como *ex-secutio* o fase última de un proceso único declarativo-ejecutivo.

---

de asistencia jurídica gratuita formulada por el demandado en el mismo momento de iniciarse la vista y manifiesta que «[...] ante el problema generalizado por las peticiones que se plantean en los juicios verbales en el momento mismo de la vista, algunos juzgados han inventado una advertencia en la citación: si se quiere solicitar el derecho ha de comunicarse al Juzgado inmediatamente, en un plazo que se fija de forma arbitraria por el Tribunal, o con antelación suficiente para que si hay solicitud pueda suspenderse el señalamiento y evitarse la innecesaria comparecencia para el actor y sus medios de prueba» (Martínez de Santos, Alberto, «Las oficinas de señalamiento inmediato: ¿crónica del fracaso de una reforma?», Diario La Ley (año XXVII), n.º 6495 (1 de junio de 2006); en el mismo sentido, RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI añade que «no hay nada más dañino para la celebración concentrada del juicio que las continuas suspensiones», y resalta la incoherencia de la ley al exigir a la parte que no tiene la obligación de valerse de abogado y procurador que avise su intención de acudir asistido por tales profesionales con tres días de antelación a la vista (permitiendo así que la parte contraria pueda asistir igualmente asistida o solicitar el beneficio de justicia gratuita, evitando así las dilaciones y gastos innecesarios que resultarían de la suspensión de la comparecencia para permitir la igualdad de armas) y, en cambio, cuando la defensa técnica y la representación son preceptivas no exige que la solicitud de asistencia jurídica gratuita por la parte demandada se haga con antelación a la vista (lo que evitaría igualmente los gastos y el retraso derivado de la suspensión de la comparecencia para dar lugar al nombramiento de abogado y procurador de oficio). Sin embargo, para este autor, a pesar del requerimiento, no parece fundamentada la sanción por mala fe procesal a quien lo desconoce (art. 247 LEC) «salvo que de forma deliberada se haya esperado al último momento para dilatar la celebración de la vista, perjudicando al actor y a su prueba» (Rodríguez Achútegui, Edmundo, «Apuntes urgentes sobre la reforma del juicio de desahucio», *Revista General Informática de Derecho*, n.º 3 (agosto-2003), también en AA. VV. (Carranza Cantera, Francisco Javier —coord.—), *Criterios Judiciales de aplicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. 2003-2004*, La Ley, Madrid, 2003, págs. 16 y 17). ACHÓN BRUÑÉN resalta el defecto de la LEC» de no fijar un *dies ad quem* para que el arrendatario efectúe ante el tribunal la petición del beneficio de asistencia jurídica gratuita en el juicio de desahucio» (Achón Bruñén, M.ª José, *Análisis práctico del Juicio de Desahucio por falta de pago*, 2007, pág. 118).

<sup>207</sup> Cuestión distinta sería el caso de presencia en el inmueble de terceros no dependientes del ejecutado: su emplazamiento para que aporten los documentos y la vista para que justifiquen sus razones de permanencia en el inmueble (arts 661.2, 675.1 y 704.2 I LEC) pueden ser suspendidos si este tercero no dispone de recursos para litigar (art. 16 LAJG) y en tanto no disponga de abogado y procurador de oficio que podrán ser solicitados por el propio tribunal (art. 21 LAJG).

Fuera de los casos de ejecución de sentencias de desahucio (lanzamiento o ejecución directa) entendemos que la solicitud de justicia gratuita en el momento de la notificación de la demanda de ejecución puede determinar la suspensión de la diligencia de lanzamiento (art. 16 LAJG) así como la reclamación de designación provisional abogado y procurador de oficio a instancia del tribunal (art. 21 LAJG). En todo caso, entrarán en juego las normas generales que contienen los arts. 11.2 de la LOPJ y 247.2 de la LEC otorgando al tribunal la potestad de rechazar aquellas peticiones que incurran en abuso de derecho o entrañen fraude de ley, tal como admite la STC 92/1996, de 27 de mayo<sup>208</sup> y el último párrafo del art. 16 LAJG: «En el supuesto de que esta petición [de suspensión con motivo de solicitud de justicia gratuita] hubiere sido denegada, fuere claramente abusiva y únicamente esté preordenada a dilatar los plazos, el órgano judicial que conozca de la causa podrá computar los plazos en los estrictos términos legalmente previstos, con todas las consecuencias que de ello se derive»

## 5.2. Ministerio Fiscal.

La regla 7.<sup>a</sup> del art. 3 de la LEC atribuye al Ministerio Fiscal la función de «Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o *cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas* en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación». Con carácter particular, el art. 749 LEC prevé la intervención del Ministerio en procesos matrimoniales en los que hubiera menores o incapaces (sin distinguir que se trate de procesos declarativos o de ejecución)<sup>209</sup>, por lo que, en tales casos,

---

<sup>208</sup> Otra sanción a la mala fe y abuso de derecho es la que contiene el párrafo cuarto del citado art. 16 LAJG al establecer que si la petición de asistencia jurídica motivo de la suspensión «[...] hubiere sido denegada, fuere claramente abusiva y únicamente esté preordenada a dilatar los plazos, el órgano judicial que conozca de la causa podrá computar los plazos en los estrictos términos legalmente previstos, con todas las consecuencias que de ello se derive».

<sup>209</sup> LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, con referencia a la DA 8.<sup>a</sup> de la Ley 30/1981, ya derogada, pero que regulaba la cuestión en modo muy parecido al actual art. 749 LEC, esto es, imponiendo la intervención del Ministerio Fiscal en todos los procesos de nulidad, separación y divorcio siempre que alguno de interesados en el procedimiento fuera menor, incapacitado o ausente afirmaba que «Al no distinguir esta norma si se trata del pleito principal o no, ha de entenderse que en todo caso ha de intervenir el Ministerio Público también en la ejecución», siendo cierto también hoy que «no aparece norma específica que determine que el Ministerio Fiscal ha de estar presente en la ejecución. Pero lo lógico es pensar que si el Ministerio Público ha intervenido en todo el proceso, no se le puede privar ni del derecho ni de la obligación, de que defienda a los menores cuando se trata precisamente de ejecutar



deberá intervenir en el lanzamiento del que se derive de la atribución de la vivienda familiar a uno de los cónyuges (sea como medida provisional o como medida definitiva).

Nos planteamos si, con base en el art. 3 LEC, el MF debe intervenir en aquellos procesos en que el inmueble de cuyo desalojo se trate estuviera habitado por menores o incapaces. Se puede entender, en primer lugar, que en estos supuestos los menores ya están representados por quienes son parte pasiva en el lanzamiento (frecuentemente, sus progenitores). Esto puede deducirse, indirectamente, de su exclusión en el incidente de intervención de terceros a que se refieren los arts. 675.2 y 704.2 LEC (ellos forman parte de aquellos sujetos «que de él [demandado] dependen»), exclusión fundada en su falta de autonomía posesoria pero también en en hallarse representados por quienes ostentan respecto a ellos la patria potestad o guarda legal.

No obstante, pueden existir supuestos de dejación en la función o potestad tuitiva, es decir, situación de desamparo tal como se define los arts. 172.1 II y 239 III del CC: «[...] la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material». En estos casos, la tutela del menor tendrá que asumirla (con suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria) aquella «entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los

---

aquello a lo que se les da derecho, en cosas tan importantes como es la pensión por alimentos o la vivienda» (López-Muñiz Goñi, Miguel, *La ejecución de sentencias en materia matrimonial*, Colex, Madrid, 1997, pág. 34).

En el mismo sentido SANZ MORÁN señala que «Hay un silencio legal sobre este particular cuando la ejecución forzosa se refiere a los pronunciamientos sobre medidas relativas a hijos menores o incapacitados. La interpretación más restrictiva le reservaría participación sólo —conforme al art. 749.2— en los supuestos de ejecución específicamente contemplados en los procesos especiales de familia —los del art. 776—. Una más extensiva lo amplía a los casos en que se plantea la interpretación de algún pronunciamiento genérico de la resolución que se pretende ejecutar —por ejemplo, si unos gastos son o no extraordinarios, cuándo comienza la escolarización de un menor para suprimir las visitas intersemanales— o si se solicita suspensión del régimen de visitas u otras medidas en interés de los hijos al amparo de los arts. 94 y 158 CC. La interpretación más amplia, a la que me sumo, entiende que en toda ejecución en que intervienen menores —por ejemplo, impago de pensiones alimenticias, cumplimiento del régimen de visitas, etc.— el interés del menor está comprometido y el control de legalidad exige su presencia» (Sanz Morán, Alberto, «Cuestiones prácticas sobre los nuevos procedimientos de familia, de incapacidad y de filiación», en *Criterios judiciales de aplicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, La Ley, Madrid, 2003, págs. 380 y 318).

menores» (art. 172.1 CC) o de los incapaces (art. 239. III CC)<sup>210</sup> y, entre tanto, el Ministerio Fiscal asumirá la representación y defensa del menor (vid. art. 8.º de la LEC y arts. 299 y 299 bis del CC). En este caso, el tribunal competente para el lanzamiento, una vez conocida la presencia de menores en el proceso que no se hallen debidamente defendidos por el ejecutado (por no ser éste titular de patria potestad o por no ejercerla debidamente, lo que se manifestará, por ejemplo, por su actitud pasiva ante las gestiones desarrolladas a instancias del tribunal por los servicios sociales, de vivienda o de menores para evitar que la familia quede sin hogar) deberá ponerlo en conocimiento de la entidad pública a la que corresponda la guarda de los menores y del Ministerio Fiscal quien intervendrá en el proceso a partir de dicho momento.

## **6. Especialidades del lanzamiento directo (ejecución de sentencias de desahucio)**

Tal como hemos señalado (*vid. supra*, cap. 1 § 2.3.1. y § 3), se ha querido sostener la pervivencia del plazo de garantía previsto en el art. 704.1 LEC para la ejecución de las sentencias de desahucio (lanzamiento directo) con base en argumentos diversos. En nuestra opinión, como ya hemos argumentado, esta conclusión no es acertada. La supresión del plazo de garantía supone la desaparición de la fase de preparación y evitación de la diligencia de lanzamiento. Pese a todo, durante este periodo de tiempo que medie entre la vista del juicio de desahucio y la diligencia de lanzamiento el tribunal puede desarrollar algunas de las actividades propias de la fase de preparación y evitación que hemos mencionado en los anteriores apartados. Corresponde al tribunal considerar si tales medidas son viables y útiles dada la brevedad del periodo disponible para practicarlas.

La desaparición del plazo de garantía permite, sin duda, acelerar la llegada de la diligencia de lanzamiento; pero no puede impedir que llegado ese momento la comisión judicial se deba enfrentar a situaciones en que exigencias derivadas de

---

<sup>210</sup> Redacción dada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

la protección de los derechos fundamentales del ocupante de la vivienda obliguen a suspender la diligencia y a adoptar las medidas que requiera el principio de proporcionalidad. La falta de medidas de cooperación, de preparación o de cautela, hacen probable que llegado el momento del desalojo la Comisión carezca de los medios adecuados para realizar el desalojo con las garantías de eficacia y proporcionalidad adecuadas. De este modo, la ganancia de tiempo obtenida con el señalamiento anticipado puede verse neutralizada posteriormente<sup>211</sup>. La persecución de la eficacia mediante el mero acortamiento de plazos y la supresión de trámites<sup>212</sup>, peca, en nuestra opinión, de un cierto simplismo, olvidando la relevancia de la vivienda para muchos derechos fundamentales y al atribuir al

---

<sup>211</sup> No parece ser un proceder eficaz aquel que sigue adelante a pesar de conocer anticipadamente su fracaso. En este sentido, señala TORRES LÓPEZ que «la justificación puede hallarse en razones humanitarias difíciles de entender para la propiedad, que ve cómo una vez más se retrasa la recuperación de la posesión y, además, se incrementan los gastos, casi siempre imposibles de recuperar. Reiteramos que estos supuestos deberían ser excepcionales y no la práctica habitual, incluso cuando la propia Comisión se ha personado días antes para informar a los ocupantes de lo que va a ocurrir. Fracasada la ejecución, resulta fundamental que aquélla señale en ese preciso instante el día y hora en el que de nuevo se personarán para ya, sin nueva advertencia, tener lugar el desalojo, incluso a la fuerza. Lo expuesto entra dentro de lo que nos resistimos a denominar normalidad, puesto que existen otros múltiples ejemplos en los que la suspensión se produce, incluso por segunda vez, no ya porque los ocupantes invoquen algún tipo de Título como luego veremos, sino porque existan, por ejemplo, menores, algún enfermo, animales peligrosos o, simplemente, porque el lugar carezca de las condiciones de higiene necesarias. En estos casos será precisa la intervención de los Servicios Sociales, de Higiene, etc., competentes, que motivarán una nueva suspensión» (Torres López, Alberto, *Los juicios de desahucio*, Sepin, Madrid, 2007, pág. 124). Entendemos que estas quejas son legítimas pues expresan una preocupación justificada por la tutela efectiva del ejecutante lesionada, sin duda, por dilaciones en parte evitables de haberse aprovechado mejor el plazo de garantía. Es cierto que hacer descansar la tutela de los derechos de los ocupantes en las suspensiones otorgadas de modo prácticamente automático a partir de las meras alegaciones de los ocupantes y sin imponer condición alguna puede ser atentatorio al derecho a la tutela efectiva del ejecutante (así como a su derecho a la propiedad, a su vida privada y familiar o a otros derechos relativos a la vivienda si este ha de ser el destino del inmueble). Pero la solución consiste, y en ello discrepamos en parte del autor citado, en acompañar las medidas de coerción con medidas de fomento o colaboración de modo que el ocupante no vea desconocidos sus derechos, pero no en poner un límite arbitrario (el segundo aviso) como si fuera una cuestión de agotar la paciencia del tribunal o del ejecutante. Más que una cuestión de paciencia (a través del otorgamiento de plazos) se trata de resolver un conflicto de derechos a través de los medios de las Administraciones Públicas en un Estado Social y Democrático de Derecho en que el Estado debiera asumir los costes de sus intervenciones de carácter social, sanitario, etc.

<sup>212</sup> En este sentido, la exposición de motivos de la proposición de ley de 2007 para la reforma de la LEC en materia de desahucio (vid. supra, nota 10), justificaba la supresión de plazos (sin perjuicio de las excepciones que regulaba) porque «el demandado goza de un tiempo real superior al previsto para desalojar la finca, ya que a los plazos legales cabe sumar los días que median entre la citación y la vista [...]. el arrendatario, desde que no cumple con la obligación de pago, es plenamente consciente de las consecuencias y debe tomar las precauciones necesarias que comporta» (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, Serie III-A (proposiciones de ley del Senado), número 50 a), de 1 de febrero de 2007, pág. 3).

demandado una capacidad de decisión para abandonar el inmueble de la que no siempre dispone<sup>213</sup>. Parece proponer un lanzamiento *manu militari* «sin prórroga ni consideración de ningún género» más propio de otras épocas y sistemas jurídico-políticos (la España decimonónica de corte liberal) que debe ser reinterpretado en sentido acorde al Estado social y democrático de Derecho que proclama nuestra Constitución de acuerdo con el ordenamiento internacional de los derechos humanos<sup>214</sup>.

---

<sup>213</sup> Además de presupone la mala fe de los litigantes, es decir, asumiendo que quien pierde un juicio sabía ya cuando lo inició o no se allanó en su momento que lo iba a perder y, por esta razón, se considera la duración del juicio como tiempo apto para el cumplimiento voluntario y tiempo que debe descontarse luego de cualquier plazo que pudiera otorgarse tras la condena. Hay que considerar, sin embargo, que la buena fe siempre se presume y que el proceso es un derecho fundamental que puede hacerse innecesariamente (e indebidamente) gravoso si su duración o transcurso se computa como tiempo a descontar del posterior proceso de ejecución y, en particular, de la duración del plazo de garantía («gracia» o «humanidad») otorgado para el desalojo. Si no, véase la enmienda presentada por CiU a su propia proposición de ley de 2008 para la reforma de la LEC en materia de desahucio (vid. supra, nota 10), para dar nueva redacción apartado 3 del artículo 440 LEC en el sentido de adelantar el día de inicio de cómputo del periodo de un mes dentro del cual ubicar la fecha de lanzamiento. Según la propuesta dicho día de inicio del cómputo debería ser «la fecha de citación para la vista», en lugar de la, finalmente aprobada, fecha de finalización de la vista. Se justificaba tal medida «ante la realidad del impago de rentas y, en su caso, de la expiración de plazo, cuyas consecuencias el arrendatario ya debe tener asumidas mucho antes de recibir la citación para la vista y debe haber tomado las precauciones necesarias. Alargar la ejecución va contra el principio de la celeridad del proceso, cuya razón de ser es el motivo principal de la reforma que se propone» (enmienda núm. 35)

<sup>214</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, comentando el régimen de lanzamiento derivado de la sentencia de desahucio regulado por la LEC de 1881 tras la reforma de la LAU de 1992 (menos acelerado que el actual) señalaba que su «aparente facilidad o ligereza choca con la trascendencia de los derechos que protege el correcto ejercicio de este tipo de procedimientos: 1.º El derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, reconocido en el art. 47 de la Constitución. 2.º El derecho a la propiedad privada, recogido en el artículo 33. [y] 3.º El derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24 del Texto Constitucional» (Fernández Seijo, «La ejecución de las sentencias de desahucio por falta de pago en rebeldía del demandado», en *Ejecución de sentencias civiles*, CGPJ, Madrid, 1992, pág. 171). PÉREZ-CRUZ MARTÍN, comentando el mismo régimen de lanzamiento resultante de la LAU de 1992, afirmaba con el mismo tono crítico que «no se aprovecha la reforma de los arrendamientos urbanos para subsanar las dificultades y situaciones dramáticas que, en la práctica forense se están originando, sobre todo, en la ejecución de sentencias que conllevan el lanzamiento; [...] revelador del nulo sentido humanitario y escasa solidaridad que se aprecia en la política legislativa actual, si cabe más necesaria en un tema, con tanto contenido social, como es el del arrendamiento» (Pérez-Cruz Martín, J., *El desahucio arrendaticio urbano. Aspectos sustantivos y procesales. Su estudio doctrinal y jurisprudencial*, Forum, Oviedo, 1999, págs. 93, 94); en el mismo sentido, del mismo autor: *Ley de Arrendamientos Urbanos. Su proyección procesal*, Comares, Granada, 1997, págs. 108 y 109.



## La etapa de desarrollo de la diligencia de lanzamiento

<hr/>	
1. Función ( <a href="#">998</a> )	
1.1. Satisfacción del acreedor y principio de eficacia. . . . .	<a href="#">998</a>
1.2. Garantía de los derechos del ocupante ejecutado . . . . .	<a href="#">1000</a>
1.3. Consecuencias estructurales de la proporcionalidad.. . . .	<a href="#">1004</a>
2. Delimitación temporal ( <a href="#">1006</a> )	
2.1. <i>Dies a quo</i> para la diligencia de lanzamiento . . . . .	<a href="#">1006</a>
2.1.1. Señalamiento en el lanzamiento de inmuebles en general. . . . .	<a href="#">1006</a>
2.1.2. Señalamiento en el lanzamiento de vivienda.. . . .	<a href="#">1009</a>
2.1.3. Señalamiento en el lanzamiento directo.. . . .	<a href="#">1013</a>
2.2. <i>Dies ad quem</i> para el lanzamiento. . . . .	<a href="#">1016</a>
3. Interrupción y suspensión ( <a href="#">1019</a> )	
3.1. Interrupción y reanudación sin nuevo señalamiento. . . . .	<a href="#">1019</a>
3.2. Interrupción, suspensión y nuevo señalamiento.. . . .	<a href="#">1022</a>
3.2.1. Concepto y régimen.. . . .	<a href="#">1022</a>
3.2.2. Distinción respecto de la suspensión de la ejecución.. . . .	<a href="#">1026</a>
3.2.3. Modalidades . . . . .	<a href="#">1028</a>
3.2.4. Criterios de suspensión. . . . .	<a href="#">1044</a>
3.2.5. Consecuencias de la suspensión. . . . .	<a href="#">1053</a>
4. Ordenación de la diligencia ( <a href="#">1058</a> )	
5. Sujetos intervinientes en la diligencia y sus funciones ( <a href="#">1062</a> )	
5.1. Funciones jurídicas o procesales. . . . .	<a href="#">1062</a>
5.1.1. Funciones a cargo del tribunal: la Comisión del Juzgado.. . . .	<a href="#">1062</a>
5.1.2. Abogados y procuradores. . . . .	<a href="#">1067</a>
5.1.3. Ministerio Fiscal.. . . .	<a href="#">1068</a>
5.2. Funciones técnicas o especializadas.. . . .	<a href="#">1068</a>
5.2.1. Fundamento. . . . .	<a href="#">1068</a>
5.2.2. Funcionarios integrados en la Administración de Justicia. . . . .	<a href="#">1070</a>
5.2.3. Funcionarios no integrados en la Administración de Justicia.. . . .	<a href="#">1073</a>
5.2.4. Intervención de particulares contratados en régimen civil o mercantil. . . . .	<a href="#">1088</a>
6. Actividades que integran la diligencia ( <a href="#">1091</a> )	
6.1. Aspectos generales.. . . .	<a href="#">1091</a>
6.1.1. Heterogeneidad de la actividad. . . . .	<a href="#">1091</a>
6.1.2. Dirección. . . . .	<a href="#">1092</a>
6.1.3. Constancia. . . . .	<a href="#">1094</a>
6.1.4. Suspensión e impugnación (remisión).. . . .	<a href="#">1097</a>
6.2. Actividades en particular. . . . .	<a href="#">1098</a>
6.2.1. Desplazamiento y localización del inmueble. . . . .	<a href="#">1098</a>
6.2.2. Identificación de los asistentes a la diligencia. . . . .	<a href="#">1100</a>
6.2.3. Acceso al inmueble. . . . .	<a href="#">1102</a>
6.2.4. Identificación e información a los ocupantes. . . . .	<a href="#">1106</a>
6.2.5. Constancia del estado del inmueble y los bienes muebles que contiene. . . . .	<a href="#">1118</a>
6.2.6. Salida y traslado de los ocupantes. . . . .	<a href="#">1123</a>
7. Actividad de ejecución posterior al desalojo ( <a href="#">1127</a> )	
7.1. Desalojo que no proporciona la entrega de la posesión.. . . . .	<a href="#">1127</a>
7.2. Desalojo que deja a los ocupantes sin sin hogar. . . . .	<a href="#">1130</a>
8. Régimen especial del lanzamiento directo (ejecución de sentencias de desahucio) ( <a href="#">1132</a> )	
<hr/>	

## 1. Función

### 1.1. Satisfacción del acreedor y principio de eficacia

Transcurrido el plazo de garantía (plazo de «gracia» o «humanidad»), otorgado para favorecer la entrega del inmueble con la cooperación del ejecutado, la ejecución debe proseguir con ulteriores medidas de coerción y sustitución, sin que sea admisible el desfallecimiento en la actividad ejecutiva del tribunal por la falta de cooperación de aquél. Las medidas de coerción ulteriores al fracaso del requerimiento de desalojo (coerción indirecta de carácter psicológico), tienen como eje central o vertebrador la que hemos denominado «fase de desarrollo de la diligencia de lanzamiento» (para algunos, la única actividad procesal que merece tal nombre), es decir, la actividad procesal señalada temporalmente por el día y la hora fijados por el tribunal y espacialmente por el propio inmueble objeto de entrega y orientada a suprimir *in situ* y en el acto el control o poder de hecho que el demandado ostenta sobre dicho inmueble, de modo que su posesión pueda quedar a disposición del acreedor.

La actividad requerida para dicha desposesión coactiva durante la diligencia de lanzamiento variará en función de las características del inmueble (finca urbana o rústica, extensión de la misma...), del tipo de posesión que se ejerza (mediata o inmediata, a través de empleados o familiares, para negocio o para vivienda, etc.), de las condiciones del demandado (personales y sociales) y de la conducta que éste despliegue durante la diligencia (colaboración o resistencia, por ejemplo). Tal actividad puede limitarse a una simple constatación de haberse abandonado el inmueble y la correlativa puesta en posesión del acreedor; pero también puede consistir (y esta sería la actividad arquetípica del lanzamiento —desde un punto de vista cultural o social pero que responde también a la práctica jurídica usual—) en el desplazamiento locativo del ocupante u ocupantes fuera del inmueble sometidos al ejercicio (con auxilio de la policía judicial) de la *vis compulsiva* o *ablativa* necesaria para constreñir temporalmente su libertad ambulatoria en la medida necesaria para hacerla posible. Entre una y otra medida pueden ser necesarios otra variedad de medios: rotura de cerraduras, retirada de animales de guarda o de vigilancia, traslado de enfermos, atención sanitaria o social y asistencial a los ocupantes que quedan sin vivienda, etc., que configuran actividades instrumentales que también forman parte

integrante de los medios de ejecución a desplegar durante esta etapa o trámite del proceso de ejecución.

Es indudable que el lanzamiento exige un determinado sacrificio de los bienes y derechos del demandado. En primer lugar, exige el sacrificio consustancial al cambio posesorio debido según el título ejecutivo. Cuando menos, la libertad ambulatoria y de elección de residencia del demandado (y de las personas cuya posesión sea subordinada o dependiente de la del demandado) debe verse restringida: estos sujetos no pueden permanecer allí donde quisieran ni conservar de otro modo poder sobre el inmueble, precisamente por ser ilícita tal conducta (ilicitud que constata un título al que el ordenamiento jurídico otorga una presunción de certeza y eficacia). Del mismo modo, la propiedad (de un candado, de una cerradura o de una puerta blindada, por ejemplo) puede verse restringida (con su rotura e inutilización) en cuanto instrumento de una conducta ilícita (el cerramiento del bien para mantener la posesión que es ilícita). Tal restricción a la libertad y a la propiedad puede ir acompañada de otras limitaciones o minoraciones instrumentales de derechos que, si bien no afectados directamente por el título (por cuanto no concurre en su disfrute ilicitud alguna ni tampoco corresponde al demandante derecho alguno sobre ellos), se hallan vinculados o amparados (aun cuando sea de un modo claudicante) por el inmueble que se debe abandonar: derecho a la integridad física, a la vida privada y familiar, a la seguridad, etc. Se trata, sin embargo, de bienes cuya pérdida o limitación —al menos en un cierto grado— es consustancial e inevitable, dadas las actividades de entrega posesoria del inmueble. Por ejemplo, la irrupción temporal de terceros (la Comisión judicial y quienes la acompañan para colaborar con ella) puede afectar el derecho a la intimidad y a la vida privada y familiar; el desplazamiento locativo forzoso de los ocupantes, a la salud (siendo la salida del hogar un desencadenante emocional o estresante); el traslado de bienes muebles, de la propiedad privada (que puede resultar dañada o extraviada en un traslado apresurado y bajo presión), etc. Se debe asumir que tales perjuicios (al menos hasta un cierto grado: precisamente aquél que responda al principio de proporcionalidad) son consustanciales a la realización (procesal) del derecho: tales perjuicios son consecuencia del incumplimiento del deudor, forman parte (indirecta) de su responsabilidad.



### *1.2. Garantía de los derechos del ocupante ejecutado y principio de proporcionalidad.*

Como hemos señalado en partes anteriores de nuestro trabajo, los sacrificios a que el ejecutado queda sometido (su responsabilidad) deben respetar ciertos límites, tanto relativos como absolutos. Los límites relativos vienen determinados por el respeto al principio de proporcionalidad según sus diferentes criterios instrumentales de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto. De acuerdo con el criterio de necesidad los medios de ejecución no deben afectar derechos legítimos del ocupante de una forma innecesaria o gratuita, lo que debe entenderse tanto en sentido cualitativo (¿es necesaria para la desposesión la concreta medida de ejecución restrictiva de derechos adoptada tal como se pretende?) como cuantitativo (¿es necesaria la medida restrictiva con la intensidad que se pretende?); según el criterio de idoneidad no se deben restringir derechos del ocupante a través de una actividad determinada, aun siendo adecuada desde el punto de vista del anterior criterio, cuando exista otra actividad igualmente eficaz al alcance de los poderes públicos que sea menos gravosa para aquellos bienes y derechos (es decir: ¿se puede conseguir el mismo resultado por medios menos gravosos?); finalmente, según el principio de proporcionalidad en sentido estricto, los medios seleccionados deben procurar un equilibrio entre su aportación a la satisfacción del actor y el grado de restricción de derechos del demandado que ocasionan (medios muy gravosos para el demandado que incrementan muy levemente las posibilidades de satisfacción jurídica del demandante).

Los límites absolutos a la actuación coercitiva provienen de la existencia de ciertos aspectos intangibles de los bienes jurídicos de los ciudadanos de un Estado social y democrático de Derecho que nunca deben ser sacrificados. Tales aspectos se pueden identificar en nuestro sistema con el contenido esencial de los derechos fundamentales que amparan dichos bienes<sup>215</sup>.

---

<sup>215</sup> SANTOS MARTÍNEZ invoca el artículo 10.1 CE, afirmando que «los tribunales, al igual que el resto de los poderes públicos, pueden [sic.; ¿deben?] orientar su actuación en aras de salvaguardar la dignidad de los ocupantes que tras el desalojo están en riesgo de quedar, literalmente, en la calle» (Santos Martínez, Albert M., *La ejecución del desahucio de vivienda*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 248).

Los mismos límites y exigencias que justificaban la existencia de una fase de preparación y evitación (la fase desarrollada durante el plazo de garantía) y, en particular, el desarrollo durante la misma de actividades cooperación con el ejecutado (en el marco de la coerción indirecta representada por el requerimiento de desalojo), siguen vigentes en esta nueva fase, si bien la actividad del tribunal no puede ya pivotar sobre la eventual cooperación del ejecutado (cuya voluntad queda definitivamente desplazada, sustituida por la del tribunal o convertida en un mero instrumento de ella), ni, por consiguiente, atribuir nuevos plazos para que dicha cooperación pueda desenvolverse. Una privación de derechos fundamentales que pudiera considerarse grave y no temporal o limitada sino definitiva e irreversible (una grave lesión o riesgo para la salud, la integridad moral o física, etc.) o incluso no grave pero innecesaria (destrucción inmotivada de bienes muebles, por ejemplo), estará prohibida por la Constitución Española (a partir de los arts. 9.1 y 53) así como por los Convenios internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por España (art. 10.2 CE)<sup>216</sup>. Debemos recordar (vid. supra, parte 3, capítulos 2 y 3, *pássim*) las garantías que para el derecho a la vivienda y todos los derechos humanos que a él se vinculan supone la prohibición de desalojos forzosos en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos tanto en el seno del Sistema de las Naciones Unidas como del Consejo de Europa (aunque en este ámbito España no ha suscrito el protocolo adicional que otorga competencia al Comité de Derechos Sociales pronunciarse sobre la vulneración por nuestro Estado de la Carta Social Europea). Por lo que respecta a los límites al desalojo, la Observación General n.º 7 del Comité de Derechos

---

<sup>216</sup> El TEDH ha considerado que el conflicto entre el derecho a la tutela efectiva del ejecutante que reclama el lanzamiento y el derecho del ocupante a que se respeten otros derechos como su salud o su vida privada debe ser resuelto por el Estado mediante la regulación e implementación de un sistema de ejecución forzosa que permita la satisfacción de ambos. En este sentido, vid. el *caso Cvijeti c. Croacia*, STEDH de 26 de febrero de 2004 (§ 41 y 53), en que la demandante fue privada del disfrute de su domicilio durante un largo periodo de tiempo ante la presencia en la vivienda de veteranos de guerra y las dificultades para obtener asistencia médica durante el lanzamiento de la familia; vid, asimismo, el *caso Radanovic c. Croacia*, STEDH de 21 de diciembre de 2006 (§ 33 y 49), en el que la imposibilidad prolongada de la demandante para recuperar la vivienda de su propiedad se debía a la obligación del Estado de proporcionar un acomodo alternativo al ocupante temporal; igualmente pueden verse los *casos Kuni c. Croacia* (STEDH de 11 de enero de 2007) y *Vucak c. Croacia* (STEDH de 23 octubre de 2008, § 39) en los que los ocupantes de la casa del demandante tenían derecho, según la ley nacional, a permanecer en ella hasta que el Estado les proporcionase un alojamiento alternativo, con lo que se sacrificaba el derecho a la propiedad de los demandantes.

Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (1997) —órgano técnico formado por expertos independientes—, por ejemplo, establece en su párrafo 16 que «Los desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda»<sup>217</sup>. En el mismo sentido se ha pronunciado el Comité de Derechos Sociales del Consejo de Europa afirmando que si bien «la ocupación ilegal de un asentamiento o vivienda puede justificar el desalojo de los ocupantes ilegales», aun así «el desalojo debe llevarse a cabo de conformidad con las normas de procedimiento aplicables y estas deben proteger adecuadamente los derechos de las personas afectadas»<sup>218</sup>.

Debemos recordar, asimismo, (vid. *supra*, parte 1, *pássim*) que la función atribuida al proceso de ejecución (aplicación con todas las garantías del derecho amparado en el título) exige apreciar y valorar todas aquellas repercusiones de la ejecución

---

<sup>217</sup> Vid. UN doc. E/1998/22, anexo IV y E/C.12/1997/4, § 16.

En este mismo sentido, se pronunció la relatora especial para la vivienda adecuada, Sra. Raquel Rodnik, en su informe inicial rendido a la Asamblea General en 2008, recomendando que los Estados «se abstengan de adoptar medidas que puedan llevar a la pérdida de los hogares, en particular en los casos de desalojo, ya sean de los considerados legales o ilegales en virtud de la legislación nacional, habida cuenta de que, conforme a la prohibición de los desalojos forzosos contenida en las normas internacionales de derechos humanos, los desalojos no deben tener como resultado el desamparo» (UN doc. A/63/275)

<sup>218</sup> Decisión del Comité de Derechos Económicos y Sociales en el caso ERRC contra Grecia (2004), § 51. En este caso «las autoridades locales desalojan a los romaníes de los asentamientos que han ocupado durante un tiempo sin proporcionarles alojamiento alternativo o reasentarlos» (§ 48). El Comité estimó la vulneración del convenio. En el caso ERRC contra Italia (2005) el Comité destaca la dignidad de la persona como eje central de la ponderación afirmando que: «Estados parte deben asegurarse de que los desalojos [...] se llevan a cabo en condiciones que respeten la dignidad de las personas afectadas» (§ 41).

Un ejemplo, que tomamos del régimen positivo del proceso penal español (art. 552 LECrim.), muestra el significado de la proporcionalidad en desarrollo de actividades materiales de ejecución (en este caso, la ejecución de las diligencias de entrada y registro: «al practicar los registros deberán evitarse las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario, y se adoptarán todo género de precauciones para no comprometer su reputación, respetando sus secretos si no interesaren a la instrucción»; la exigencia, por la naturaleza de un cierto grado de intromisión en la esfera personal del ejecutado (semejante al que tiene lugar en el lanzamiento) no es incompatible con el respeto, al máximo nivel posible, de derechos no afectados por la medida; en el mismo sentido, STC 175/1985, de 19 de diciembre, sobre arresto del quebrado.

en la esfera jurídica del demandado (o de terceros) que vayan más allá de lo previsto en el título (delimitando previamente aquellos aspectos de dicha esfera que deben ser restringidos o sacrificados de aquellos que no pueden o no deben serlo), ámbito de determinación en que tiene su aplicación el principio de derecho material. Corresponde al tribunal seleccionar adecuadamente las medidas de ejecución más apropiadas para minimizar la repercusión de la ejecución en la esfera jurídica del demandado (incluso en aquella que puede y debe ser restringida), entrando en juego para ello el principio de proporcionalidad como regla de ponderación. Nuestro legislador ha previsto (salvo para los casos de lanzamiento directo) la existencia de un periodo inicial (de preparación y evitación de la diligencia de lanzamiento) en el que está vetada la coerción directa e incluso la indirecta que fuera más agresiva que la mera «coerción psicológica» constituida por el requerimiento de desalojo. Este periodo (del que nos hemos ocupado en el capítulo anterior) es en sí mismo una garantía para la proporcionalidad del desalojo. Pero ni siquiera la existencia de dicho periodo suprime la vigencia del principio proporcionalidad llegado el momento de la diligencia de lanzamiento.

Sin duda, el principio de tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a un proceso sin dilaciones puede resultar vulnerado de no procederse al desalojo en la fecha señalada según lo previsto en el título; pero, al propio tiempo, se puede vulnerar el derecho a la vivienda y otros a él vinculados cuando el Estado, actuando directamente, aun cuando sea a través de sus tribunales y la Administración de policía que sigue sus órdenes, deja a sus ciudadanos sin vivienda y sin alternativa de vivienda poniendo en riesgo un conjunto de derechos fundamentales: la garantía del derecho a la tutela del ejecutante no consiente la vulneración de otros derechos al amparo de la incapacidad del propio Estado para atenderlos de modo simultáneo a un nivel mínimo esencial .

Es cierto que TEDH ha condenado en numerosas ocasiones a los Estados firmantes del CEDH por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la parte demandante cuando se ha dilatado el lanzamiento de vivienda de modo excesivo, aunque tal retraso tuviera como causa la protección de otros derechos fundamentales amparados por el convenio (señaladamente la vida privada y

familiar)<sup>219</sup>. Pero el TEDH no ha llegado a afirmar en estos casos que el Estado hubiera actuado correctamente dejando sin vivienda a los ocupantes en condiciones tales que se hubieran puesto en peligro sus derechos protegidos en el convenio (a la vida privada y familiar, por ejemplo). Al contrario, lo que parece deducirse de las sentencias del tribunal europeo es que ,cada Estado firmante del Convenio Europeo de Derechos Humanos se ha comprometido a organizar su sistema legal (incluyendo su Administración pública y sus tribunales) de forma que ninguno de los derechos amparados por el Convenio pueda resultar vulnerado<sup>220</sup>. Un Estado vulnerará el derecho a la tutela efectiva si por proteger la vida privada y familiar dilata el lanzamiento de forma irrazonable, pero —*mutatis mutandis*— también vulnerará el derecho a la vida privada y familiar si procede al desalojo de los ocupantes en condiciones tales que éstos queden sin hogar, sin que sea justificación para ello que tal actuación se haya realizado en satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante en su faceta de derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

### *1.3. Consecuencias estructurales de la proporcionalidad.*

Una vez transcurrido el periodo de garantía (gracia o humanidad), el lanzamiento no se puede limitar al desarrollo de la coerción directa o *vis absoluta* «sin consideración de ningún género» a que aludían nuestras leyes decimonónicas (no constreñidas por exigencias constitucionales). Por el contrario, la coerción debe tener en consideración las exigencias de la proporcionalidad que es tanto como decir las «consideraciones» debidas a los derechos fundamentales y a los derechos humanos. Ello exige que la actividad de ejecución no sea ajena a las circunstancias concretas concurrentes en cada caso, sean éstas conocidas con carácter previo (merced, por ejemplo, a los trámites informativos que puedan haberse desarrollado en la fase previa) o lleguen conocimiento del tribunal *in situ*, en el momento de practicarse la diligencia de lanzamiento (lo que ocurrirá, casi inevitablemente, en los casos de lanzamiento directo). El tribunal debe valorar las mencionadas circunstancias y acordar con base en ellas las medidas procedentes

---

<sup>219</sup> Vid. supra, parte tercera, capítulo segundo, *passim*.

<sup>220</sup> *Ídem*.

de coerción y sustitución ordenando los medios de ejecución adecuados, sea antes de la diligencia (preparando los medios necesarios para la realización de la diligencia en la fase siguiente), sea una vez ordenada ésta, corrigiendo, en su caso, ante circunstancias imprevistas, los medios ya ordenados. Esta última circunstancia podrá requerir la suspensión de la diligencia de lanzamiento y una nueva actividad de ordenación, adoptando las medidas necesarias para poder realizarla posteriormente con las debidas garantías.

La suspensión de la diligencia de lanzamiento por el tiempo necesario para implementar los medios que permitan consumir el lanzamiento sin merma de garantías para el ejecutado (pero sin ocasionar, al tiempo, su ineficacia o nuevos retrasos) no equivale al otorgamiento de un nuevo plazo de garantía («gracia» o «humanidad»): con la suspensión de la diligencia de lanzamiento no se atribuye al deudor un nuevo marco temporal para permitirle colaborar en el desalojo del inmueble. Tampoco la ejecución (el proceso como tal) queda en suspenso, ni siquiera lo hace la fase de lanzamiento: lo que se suspende la diligencia de lanzamiento (la etapa de la fase de lanzamiento que se desarrolla *in situ*, en el día y hora previsto por el señalamiento), pero continúa la actividad de ejecución propia de esta fase de desarrollo a través de las resoluciones procesales de ordenación necesarias para allegar los medios cuya carencia originó la suspensión, lo que, fundamentalmente, equivaldrá, en la mayoría de casos, a ordenar la colaboración de las Administraciones Públicas competentes para hacer frente, con la mayor celeridad posible, a las necesidades que imposibilitan la ejecución.

La intervención de las Administraciones Públicas competentes en esta fase del proceso estará sometida, en principio, a relevantes exigencias de celeridad y urgencia, habida cuenta de que un retraso inmotivado podría conducir a la vulneración de la prohibición constitucional de dilaciones indebidas. El grado de celeridad posible dependerá tanto de la circunstancia de haber existido una intervención previa durante la fase de preparación que haya permitido disponer de la información relevante (por ejemplo, mediante el desplazamiento al inmueble de la Comisión judicial o de las Administraciones públicas competentes en atender las necesidades especializadas identificadas —con elaboración, en su caso, de un

informe relativo a la situación real del ocupante y una propuesta de intervención adecuada—) como de haberse allegado, con base en tal información, los recursos adecuados de entre los que tales Administraciones disponen para actuar con la premura exigida, todo ello en el marco de los cauces de que disponga la oficina judicial, a través de las unidades administrativas, para agilizar dicha cooperación.

## **2. Delimitación temporal de la sub-fase de desarrollo de la diligencia de lanzamiento.**

Finalizado el plazo durante el cual se debe contar con la colaboración del ejecutado para la entrega del inmueble y para el supuesto de no haberse verificado, el tribunal debe adoptar medidas adecuadas para la entrega, forzando definitivamente la voluntad renuente del ocupante. Tradicionalmente, tales medidas se han querido circunscribir a un momento y un lugar determinados: el inmueble objeto de entrega; el día y lugar señalado por el tribunal. Ahora bien, en nuestra opinión, este momento corresponde al *dies a quo* para el inicio de la sub-fase de desarrollo de la diligencia de lanzamiento, pero no supone, simultáneamente, su *dies ad quem*: la diligencia propiamente dicha (como actividad constreñida al día y hora señalada) puede interrumpirse o suspenderse reanudándose en un momento posterior; en el ínterin se desarrollará una actividad jurisdiccional orientada a preparar la reanudación que forma parte de la fase procesal de lanzamiento. La etapa procesal que se inicia el día y hora señalados tiene como *dies ad quem* el de entrega posesoria del inmueble al acreedor o el momento en que se determine la imposibilidad de dicha entrega.

### *2.1. Dies a quo para la diligencia de lanzamiento*

#### *2.1.1. Señalamiento del lanzamiento de inmuebles en general*

El señalamiento debe hacerse para día y hora hábil. Los días del mes de agosto no son hábiles (arts. 183 LOPJ y 130.2 LEC —reformado por ley 13/2009—). Solo en la medida en que un retraso en el lanzamiento pueda «causar grave perjuicio a los interesados o a la buena Administración de Justicia, o provocar la

ineficacia de una resolución judicial» (art. 131.2 LEC), se podría considerar la diligencia como una «actuación urgente» a practicar en el mes de agosto sin necesidad de habitación especial (art. 131.3 LEC). La urgencia puede ser apreciada en beneficio del demandante (para evitar una dilación indebida —por ejemplo, si ya se ha pospuesto la fecha de lanzamiento en anteriores ocasiones— o beneficiarse de las características del mercado de alquiler en dicho periodo —inmuebles en zonas turísticas, por ejemplo), o incluso del propio tribunal (evitando una acumulación de lanzamientos debido a que los medios necesarios para llevarlos a cabo son limitados y hay que racionalizar su utilización repartiendo su uso en distintos periodos)<sup>221</sup>.

También son inhábiles sábados y domingos, 24 y 31 de diciembre y los días festivos a efectos laborales en el Estado, Comunidad Autónoma o Municipio (arts. 182.1 LOPJ y 130.2 LEC). Es posible la habilitación de estos días inhábiles en los mismos términos señalados (es decir, si la no realización pudiera causar grave perjuicio a los interesados o a la buena Administración de Justicia, o provocar la ineficacia de una resolución judicial —si, por ejemplo, el lanzamiento en sábado o domingo fuera una forma de contar con la presencia del demandado ausente el resto de la semana, de garantizar que los menores pueden ser atendidos por familiares o de asegurarse la colaboración de una determinada Administración pública que no disponga de personal en otro momento—). La habilitación en estos casos deberá ser expresa (art. 184.2 LOPJ y 131.1 y 2 LEC). Corresponderá al propio secretario judicial competente para la ordenación de la diligencia de lanzamiento (arts. 551.3, 703.1 y 131.1 LEC —tras la reforma de la LEC por Ley 19/2009—).

Por lo que respecta a las horas para el lanzamiento, en términos generales, son horas hábiles en asuntos procesales las comprendidas entre las 8 de la mañana y las 8 de la tarde si bien para actos de ejecución se consideran hábiles las

---

<sup>221</sup> En este sentido, el art. 9 del Rto. del CGPJ 1/2005, sobre aspectos accesorios de las actuaciones judiciales establece que «De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Jueces y Tribunales habilitarán aquellos días y horas inhábiles que sean necesarios para la adecuada y puntual tramitación de los diferentes procesos sin dilaciones indebidas».



horas hasta las 10 de la noche (arts. 182.2 LOPJ y 130.3 LEC). De considerarse «urgente», la diligencia iniciada en este marco temporal (hasta las 10 de la noche) podría prolongarse hasta su finalización (art. 131.3 LEC) sin necesidad de habilitación expresa.

Aun cuando la habilitación del mes de agosto o de las horas posteriores a las 10 de la tarde, no requiera habilitación expresa (art. 131.3 LEC) se debe entender que la causa determinante debe existir, siendo de otro modo nula la actuación realizada.

Salvo en los casos particulares que analizamos en los siguientes apartados, el señalamiento de una fecha para la diligencia de lanzamiento tras el plazo de garantía lo realiza, el secretario judicial como parte de aquella actividad «que proceda» según el art. 703.1 LEC. Podrá hacerlo en el mismo decreto de concreción ejecutiva que se debe dictar de modo inmediato tras el despacho (art. 551.3 —según el cual, dicho decreto se adoptará «en el mismo día o en el siguiente día hábil a aquél en que hubiera sido dictado el auto despachando ejecución»— y 703.1 LEC —según el cual, los acuerdos para la ejecución se adoptarán «de inmediato»—). Pero no vemos inconveniente en que el señalamiento se haga en un resolución posterior si existe motivo para ello, o que pueda modificarse la fecha inicial si, por ejemplo, a consecuencia de la información obtenida durante la fase de preparación se llegaran a conocer nuevas circunstancias que exijan su alteración (por ejemplo, se advierte la presencia de personas desvalidas y la procura de alojamiento alternativo para ellas sólo es posible en una fecha posterior a la inicialmente señalada): lo contrario significaría una interpretación formalista que desconocería exigencias consustanciales a la eficacia de la tutela (si el tiempo adicional se requiere para preparar adecuadamente la diligencia) o a la garantía de derechos fundamentales de los sujetos afectados por el desalojo. Adviértase que, de otro modo, la comisión judicial se tendrá que desplazar al inmueble (junto con el personal designado por las Administraciones convocadas —policía, servicios sanitarios, servicios sociales, de menores— o las personas autorizadas para intervenir a costa de demandante o demandado) sólo para constatar lo que ya

se conocía de antemano y suspender la diligencia; sería, evidentemente, una actuación antieconómica.

### 2.1.2. Señalamiento en el lanzamiento de vivienda

Cuando se trate del desalojo de la que sea vivienda habitual del ocupante la fijación de la fecha de lanzamiento habrá de hacerse, tal como prevé el art. 704.1 LEC, en la misma resolución (el decreto de concreción de medidas ejecutivas a cargo del secretario judicial) que acuerde el otorgamiento del plazo de garantía o su prórroga<sup>222</sup>. Según dicho apartado: «transcurridos los plazos señalados, se procederá de inmediato al lanzamiento, *fijándose la fecha de éste en la resolución inicial o en la que acuerde la prórroga*». Esta norma merece algunas precisiones:

a) Aunque la norma menciona como objeto del señalamiento la «fecha» del lanzamiento, es importante que se señale igualmente la hora del mismo. Así se indica expresamente al regular otros supuestos de señalamiento (como los de lanzamiento directo en el art. 440.3 y en l DA Quinta LEC al que luego aludiremos más detalladamente).

b) El art. 704.1 LEC exige que el señalamiento (de fecha y hora para el lanzamiento) se haga en la misma resolución que otorga el plazo de garantía (art. 704.1 LEC). Pero es cuestión más delicada de lo que pudiera parecer en principio, habida cuenta de las reglas generales de cómputo de plazos y de las reglas sobre notificaciones procesales. En efecto, debe considerarse que el *dies a quo* para el cómputo del plazo de garantía —de un mes según el art. 704.1

---

<sup>222</sup> Resolución que, según SALINAS MOLINA será habitualmente el auto de despacho de ejecución (tras la ley 19/2009 hemos de entender el decreto del secretario concretando las medidas ejecutivas), salvo que por otorgarse prórroga al plazo inicial sea precisa su modificación: «la norma previene, con la presumible intención de evitar demoras, que en la resolución inicial, la que normalmente será el auto despachado ejecución, se fije el día concreto en que se procederá, en su caso, al lanzamiento una vez transcurrido el plazo inicial fijado, e idéntica previsión efectúa con relación a la determinación de fecha en la resolución ulterior en la que se pudiera conceder la prórroga, estableciendo expresamente que “transcurridos los plazos seriados, se procederá de inmediato al lanzamiento”» (Salinas Molina, Fernando, «Ejecución por obligación de entrega de bienes inmuebles: ocupantes de inmuebles que deban entregarse»(DROP\_1507), en AA.VV., *El Proceso Civil*, Tomo VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, edición digital).

LEC— es el siguiente a aquel en que se efectúe la notificación de la resolución que lo otorga (art. 133.1 LEC); conocido ese día (de recepción de la notificación por el ocupante), el tribunal puede computar el plazo de garantía —de fecha a fecha— para determinar el *dies ad quem* del plazo de garantía, determinar el día hábil siguiente a tal *dies ad quem* y comprobar el día hábil más próximo en que esté disponible la comisión judicial (y aquellos otros medios que requiera la diligencia de lanzamiento); sólo entonces podrá fijar y notificar la fecha del lanzamiento: independientemente del otorgamiento de plazo y su notificación. Si el tribunal pretende señalar la fecha de lanzamiento en la misma resolución que otorga el plazo de garantía y notificar ambas resoluciones conjuntamente, deberá realizar por estimación el proceso intelectual que hemos expuesto, dando un margen razonable para que la notificación surta efecto (por no saber con certeza cuándo tendrá éxito la notificación sobre todo cuando por no disponer demandante o demandado de procurador la notificación sea personal).

En el caso de concesión de prórroga existen menos problemas, pues la duración de la prórroga tiene como *dies a quo* el *dies ad quem* del plazo inicial, fecha cierta y conocida al tiempo de otorgar la prórroga, sobre la que el tribunal puede hacer el computo oportuno y señalar y notificar la fecha de lanzamiento a la vez que la resolución sobre la prórroga<sup>223</sup>.

c) Debe destacarse que la fecha señalada para la diligencia de lanzamiento será el referente temporal para la concurrencia de todos los que intervienen en la diligencia y como tal figurará en la citación a las partes citadas a la

---

<sup>223</sup> En este sentido, ARROYO GARCÍA, quien sostiene «en cuanto a la posibilidad de señalar en el propio auto despachando ejecución la fecha del lanzamiento, [...] ha de entenderse que el plazo para el desalojo no puede ser computado desde la fecha del auto, sino desde la fecha de la notificación del mismo al ejecutado; por el contrario, de solicitarse prórroga, en tal caso, de accederse a la misma, sí podrá señalarse la fecha del lanzamiento en la resolución en la que se acuerde la prórroga, por cuanto al resolverse sobre la misma, ya se tiene constancia de la fecha de la notificación del plazo de un mes concedido en el auto despachando ejecución, por cuanto la prórroga no puede computarse desde la fecha de la notificación en que se acuerda, pues ello implicaría una dilación indebida que no puede tener cabida a los efectos del artículo que comentamos, y de igual modo, la solicitud de prórroga que es desestimada ha de entenderse que no puede interrumpir el plazo del mes que el artículo 704 otorga para desalojar la vivienda familiar» (Arroyo García, Sagrario, «Comentario a los arts. 517 a 720» en *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, Tomo III*, DIJUSA, Madrid, 2003, págs. 2254 y 2255).

diligencia (en su caso, en la persona de sus procuradores), en el mandamiento que se dirige a la comisión judicial, en los oficios recabando colaboración de la policía o de otras Administraciones y en los requerimientos dirigidos a terceros (profesionales que deban intervenir en ella, como cerrajeros, portero del inmueble o presidente de la comunidad de propietarios...); obviamente, es preciso convocar a todos estos sujetos a una hora determinada y su conocimiento por las partes puede considerarse una exigencia de la seguridad jurídica que exige eliminar toda forma de incertidumbre (en particular respecto al día en que se supone que se ha de privar de vivienda al ocupante).

El otorgamiento de la prórroga que prevé el art. 704.1 LEC supondrá la anulación *ex lege* del señalamiento anterior y deberán renovarse los exhortos, oficios o requerimientos efectuados. Lo mismo ocurrirá si se produce cualquier suspensión de la diligencia.

d) No debe olvidarse que una de las garantías procedimentales que se han considerado exigibles por las normas internacionales sobre derechos humanos relativos a la vivienda, al menos en la interpretación que han dado a las mismas los diversos órganos de Naciones Unidas y del Consejo de Europa que se han pronunciado al respecto, es la prohibición de realizar desalojos de noche<sup>224</sup>. Esta norma debe respetarse al establecer la hora de lanzamiento. De ser desconocida la consecuencia sería un desalojo forzoso y, por tanto, ilícito según normas de derecho internacional e interno (art.10.2 CE). Por

---

<sup>224</sup> Entre los requisitos para que un desalojo no se considere ilegal en el ámbito del Derecho internacional, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado se deben «efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento» (Observación General n.º 7, 1997, UN doc. E/1998/22, anexo IV y E/C.12/1997/4, § 15, letra f). Las condiciones en que se desarrolla el lanzamiento también las puso de manifiesto el Relator especial para la vivienda adecuada Sr. Miloon Kothali al afirmar que «los desalojos no deben realizarse con tiempo inclemente, por la noche, durante los festivales o las fiestas religiosas, antes de las elecciones o durante o justo antes de los exámenes en las escuelas» (Principios y Directrices sobre desalojos por motivos de desarrollo (2007), UN doc. A/HRC/4/18/Anexo I, § 49). Del mismo modo, el Comité Europeo de Derechos Sociales se ha pronunciado en diversos casos: en el caso ERRC c. Italia el Comité de Derechos Sociales afirmó que «La ley debe regular los procedimientos de desalojo, especificando cuando no deben llevarse a cabo (por ejemplo, por la noche o durante el invierno)» (§ 41); en el caso FEANTSA contra Francia la decisión del Comité (2007) señala: que «las leyes deben, asimismo, prohibir los desalojos de noche o durante el invierno» (§ 88).

consiguiente, aun cuando la norma general sobre tiempo de actuación de los tribunales permita que las actividades de ejecución se extiendan hasta las 10 de la noche (e incluso que iniciadas a esa hora continúen hasta su terminación) hay que considerar que esta norma no es aplicable a las diligencias de lanzamiento de vivienda habitual. Por otra parte, el término «de noche» es un término relativo que depende la época del año y las condiciones atmosféricas así como de las horas de cierre de instituciones asistenciales, de las horas de cierre de albergues o centros de acogida, de la disminución de frecuencia y disponibilidad de los transportes públicos, etc. De lo que se trata es de que atendida la hora, los sujetos desalojados no queden en una situación peor de la que hubieran quedado de realizarse más tempranamente (como manifestación específica del criterio de idoneidad de las medidas). El lanzamiento, por consiguiente, no podrá desarrollarse en horas que, según las circunstancias de cada caso, puedan calificarse de nocturnas, sean o no horas hábiles. Por otra parte, lo relevante para respetar la prohibición de desalojos nocturnos es la hora de conclusión o finalización de la diligencia. De este modo, deberá valorarse la dificultad prevista del lanzamiento y la duración estimada de la diligencia, para que éste, aun iniciado en horas diurnas, no concluya en horas nocturnas (sean o no hábiles)<sup>225</sup>. Si se diese esta circunstancia habría que interrumpir la diligencia para continuar en una nueva sesión, de ser posible, el día siguiente (*vid. infra*, § 3).

Los órganos internacionales encargados de la vigilancia del cumplimiento de las normas internacionales sobre derechos económicos y sociales han considerado desalojos forzosos (ilícitos según el derecho internacional) los desarrollados en fechas o periodos que por sus características climatológicas (invierno, por ejemplo) o sociales (festividades religiosas, épocas de

---

<sup>225</sup> El art. 141.1 del *Code des procédures civiles d'exécution* (en redacción dada por la ordenanza num. 2011-1895 de 19 de diciembre de 2011), en sede de disposiciones generales sobre procedimientos de ejecución, prohíbe realizar actos de ejecución entre las 21 de un día y las 6 horas del siguiente, salvo habilitación judicial expresa, pero queda excluida la posibilidad de habilitación cuando se trata de inmuebles destinados a vivienda. El L-412.6, situado en un capítulo dedicado las disposiciones especiales de expulsión en caso de arrendamientos de vivienda o local de uso profesional, prohíbe los lanzamientos entre el 1 de noviembre y el 15 marzo (la conocida como *trêve hivernale* [tregua invernal]) a menos que se asegure la reubicación de los afectados respetando la unidad de la familia.

exámenes, periodos electorales...) hagan el lanzamiento particularmente gravoso o atentatorio para determinados derechos fundamentales vinculados a la vivienda. No obstante, dichas condiciones más que una interdicción absoluta, constituyen un elemento más a tener en cuenta para la ponderación conforme a criterios de proporcionalidad pues su relevancia variará según las circunstancias personales de cada sujeto y de los medios disponibles para mitigar su efecto. Por otra parte, algunas de las circunstancias mencionadas no tienen carácter regular o previsible (mal tiempo inesperado, alteraciones sociales —una huelga, por ejemplo—) pudiendo conducir a modificar el señalamiento inicialmente realizado o el curso del mismo si ya se hubiera iniciado (suspensión de la diligencia seguida de nuevo señalamiento)<sup>226</sup>.

e) Tanto el otorgamiento de plazo de garantía como el señalamiento de la fecha de lanzamiento corresponde realizarlos al secretario judicial en el decreto que sigue al auto conteniendo el despacho y la orden general de ejecución (art. 704.1 y 551.3 LEC).

### 2.1.3. Señalamiento en el lanzamiento directo.

En el supuesto que la diligencia de lanzamiento fuera procedente al amparo de la sentencia de desahucio por falta de pago de la renta (o cantidades asimiladas cuyo impago fuera causa de desahucio) o por expiración del plazo (legal o contractual) de duración del arriendo, el señalamiento, que sustituye los demás marcos temporales del lanzamiento (el *tempus iudicati* o plazo de espera previo al despacho y el plazo de garantía o espera previo a la diligencia de lanzamiento), queda fijado en el proceso declarativo previo de desahucio (señalamiento «anticipado» de la fecha de lanzamiento): sea en el trámite de admisión de la demanda —art. 440.4 LEC— en el trámite de reparto —apartado tercero de la DA 5.<sup>a</sup> LEC— o, excepcionalmente, en la sentencia de desahucio por allanamiento —párrafo segundo del art. 447.1—.

---

<sup>226</sup> El art. L-412.2 del *Code des procédures civiles d'exécution* otorga una prórroga adicional de tres meses (sobre el periodo inicial de dos meses que otorga al ocupante de vivienda en trance de ser deslojado el art. L-412.1) teniendo en cuenta la concurrencia de condiciones especialmente duras, en particular las vinculadas al periodo del año de que se trate y a circunstancias atmosféricas.

En el caso de sentencias de desahucio, la fecha de lanzamiento debe quedar comprendida dentro del mes siguiente a la vista del juicio verbal de desahucio (art. 440.4 LEC y regla cuarta d) del apartado primero de la DA 5.<sup>a</sup> LEC). Hay que determinar, pues, este marco temporal. El *dies a quo* o de inicio será, en principio, el día de la vista («desde la fecha señalada para la vista» dice el art. 440.4 LEC; «desde la fecha en que se hubiera señalado la correspondiente vista», dice la DA citada) y *dies ad quem* el que resulte del cómputo del mes (cómputo de fecha a fecha, pero si el día resultante de este cómputo es inhábil, el primer día hábil siguiente —salvo habilitaciones de días inhábiles— art. 133.3 y 4 LEC).

Son necesarias ulteriores precisiones. Si se van a ejecutar sentencias dictadas tras la celebración de la vista (es decir, habiendo comparecido el demandado, por lo que pueden ser absolutorias y deben ser notificadas), debe tenerse en cuenta el mecanismo especial de notificación de sentencias de desahucio de finca urbana regulado en el párrafo primero del art. 447.1 LEC: la notificación de la sentencia se hará por comparecencia del demandado en la sede del juzgado dentro de los cinco días (hábiles: art. 133.2 LEC) siguientes a la sentencia, que, a su vez, será dictada dentro de los cinco (igualmente hábiles) siguientes al de celebración de la vista del juicio verbal<sup>227</sup>, razón por la cual el demandado es avisado al tiempo de la admisión de la demanda y citación a la vista del juicio que debe comparecer para recibir la notificación de la sentencia «el sexto día siguiente al señalado para la vista» (art. 440.4 LEC), es decir, leyendo conjuntamente los artículos 440.4 y 447.1 el demandado puede recoger la sentencia entre el sexto y el décimo día (hábil) tras la vista. Por tanto, el marco temporal para el señalamiento (que, no lo olvidemos, se hace antes de la vista y debe presuponer que el demandado comparecerá y, por consiguiente, será notificado conforme las reglas que analizamos) se estrecha, pues no puede hacerse en los primeros 10 días hábiles tras la vista del juicio verbal. Dicho de otro modo, el órgano encargado de señalar la fecha de lanzamiento (oficina de señalamiento inmediato; secretario judicial) que conoce la fecha de la vista (pues a él corresponde fijarla) no podrá fijar la

---

<sup>227</sup> Al demandado se le notifica en el propio juicio de desahucio, al finalizar la vista, que debe acudir a la sede del juzgado a recoger la sentencia en el plazo que se le indica (párrafo primero del art. 447.1 LEC):

fecha de lanzamiento antes de los diez días hábiles siguientes al de finalización de dicha vista ni tampoco más allá del mes siguiente a su celebración. El mayor problema surgirá cuando la vista del juicio verbal se prolongue varias sesiones o quede suspendida, en cuyo caso la vista del juicio de desahucio pudiera terminar faltando menos de diez días hábiles para la fecha señalada para el lanzamiento (lo que no permitiría notificar la sentencia de desahucio), lo que exigiría un nuevo señalamiento.

Tratándose de la ejecución de las sentencias de desahucio por incomparecencia del demandado o de la resolución que pone fin al juicio monitorio de desahucio, la fecha de lanzamiento será la señalada según los criterios indicados en el párrafo anterior aunque en este caso no será necesario notificar la sentencia (pues siempre es condenatoria: última oración del párrafo segundo del art. 447.1 LEC), ni surgirán problemas derivados de la interrupción o suspensión de la vista (que ya no tendrá lugar).

También merece alguna precisión el señalamiento de la fecha de lanzamiento directo correspondiente a las sentencias de desahucio por allanamiento. Además del señalamiento realizado por la oficina de señalamiento inmediato o por el secretario judicial conforme a expuesto en los párrafos anteriores, el juez tiene en este caso una nueva obligación en relación al señalamiento al dictar la sentencia por allanamiento. En efecto, en su sentencia, el juez debe bien ratificar el señalamiento de la fecha de lanzamiento ya realizado o bien corregirlo si no se cumple cualquiera de las dos condiciones siguientes: primera, que entre el día de notificación de la demanda y la fecha señalada para el lanzamiento deben existir, al menos, 15 días (hábiles) para permitir cumplimiento del demandado (exigencia según art. 437.3 LEC); segunda, que entre la finalización del plazo otorgado por el demandado para el cumplimiento y la fecha señalada para el lanzamiento debe haber un máximo de 15 días hábiles (por exigencia de la primera oración del párrafo segundo del art. 447.1 LEC); como se trata de un máximo la fecha de lanzamiento podría ser el día siguiente al de finalización del plazo otorgado por el demandante. En caso de no cumplirse alguna de las condiciones expuestas el tribunal debe modificar la fecha de lanzamiento en la propia sentencia de



desahucio por allanamiento (art. 21.3 y párrafo segundo del art. 447.1 LEC). Esta sentencia no debe notificarse pues está contenida en la misma resolución que homologa la transacción entre demandante y demandado al aceptar éste la oferta que aquél le hizo en la demanda.

## 2.2. *Dies ad quem para el lanzamiento.*

En la fecha y hora a que hemos aludido en el apartado anterior la LEC afirma que tendrá lugar «el lanzamiento». En este contexto, se podría entender que se emplea el término para aludir al resultado (el lanzamiento como resultado) o consumación de la fase de lanzamiento (e incluso del proceso de ejecución): la efectiva desposesión del inmueble. La atención exclusiva al resultado olvida que el proceso antes que resultado es actividad (lanzamiento como actividad); actividad cuyo éxito en la desposesión no es siempre inmediato, pudiendo su duración exceder el día señalado por el tribunal. Es la razón por la que junto al *dies a quo* (el día señalado por el tribunal para la diligencia de lanzamiento) podamos hablar del *dies ad quem*: el día «hasta el cual» se puede desarrollar la actividad procesal.

El lanzamiento, aun entendido como diligencia cuyo desarrollo comienza en la fecha y en la hora señaladas por el tribunal (en el propio inmueble objeto de la entrega), no es un acto instantáneo (ni es posible que lo sea). Ciertamente, en el momento señalado se inicia la actividad para que la desposesión tenga lugar pero no se garantiza que necesariamente en dicho día, y, menos aun, en dicha hora, se producirá tal resultado o consumación. Por una parte, porque todo lanzamiento requiere una sucesión de actos (localización del inmueble, acceso al mismo, identificación de la comisión judicial y de quienes la acompañan ante los ocupantes, identificación de los ocupantes del inmueble por la comisión judicial, etc. —actos que analizaremos en apartados posteriores—) incompatibles con la inmediatez que podría suponerse de entender el término «lanzamiento» que utiliza el párrafo segundo del art. 704.1 LEC como un resultado o una actividad instantánea. Debe contarse, por ello, con la necesidad de interrupciones o suspensiones derivadas de la duración de las actividades descritas, sobre todo si falta una preparación adecuada de la diligencia (lo que es función, a su vez, de la

falta de información —o de la ausencia de un adecuado plazo de garantía—): falla el transporte; no se localiza el inmueble; no asiste la policía, los profesionales o las Administraciones Públicas convocadas; se constatan circunstancias para las que no se previeron medios o que no se conocían, etc.

Por otra parte, el «lanzamiento», no definido legalmente ni en los actos que lo constituyen ni en su secuencia, debe ser ordenado judicialmente, correspondiendo al tribunal (a través del secretario judicial) la selección de los medios apropiados («lo que proceda») teniendo en cuenta (como reiteradamente hemos venido señalando) las circunstancias concurrentes en cada caso, según el juego de los principios de eficacia y de proporcionalidad. Aunque la diligencia de lanzamiento puede consistir en secuencias de actos más o menos expeditivas de ser éstas las exigidas por las circunstancias del caso, también puede implicar medidas más complejas y propias de un Estado social que, sin desmerecer del calificativo de lanzamiento (atendida su finalidad incuestionable de entrega posesoria), permitan desarrollarlo con respeto a los derechos fundamentales de todos los implicados. Entre tales medidas (intervención de servicios sociales, de menores, sanitarios, de vivienda...) pueden hallarse algunas cuya eficacia instantánea sólo es posible (y no siempre) en la medida en que se haya previsto y realizado una actividad previa de preparación (durante la fase de este nombre que transcurre con el plazo de garantía) a cargo las Administraciones Públicas especializadas; en cambio, las necesidades apreciadas por vez primera por la comisión judicial en la fecha señalada por el tribunal para el «lanzamiento» y nunca antes consideradas por el tribunal exigirán la suspensión de la diligencia para decidir sobre la necesidad y alcance de las medidas de ejecución apropiadas y proporcionadas.

En conclusión, la fecha señalada para el lanzamiento no puede considerarse el término o *dies ad quem* para la realización de una actividad instantánea de desposesión mediante coerción directa sino más bien como fecha de inicio o *dies a quo* para el comienzo de una secuencia de actividades que, siendo ya plenamente coercitivas y sustitutivas (en el sentido de no contar con la cooperación del ejecutado), no se agotan necesariamente en un único acto. Al Tribunal es exigido que la actividad acordada sea adecuada al fin perseguido

(atendido el principio de proporcionalidad) pero no puede exigírsele el resultado en sí mismo: la prestación jurisdiccional de lanzamiento es una prestación de actividad y no de resultado. Actuando los medios adecuados según las circunstancias concurrentes (en aplicación del principio de proporcionalidad) el tribunal ejercita adecuadamente su función jurisdiccional, sin que se le pueda imponer un resultado «a toda costa»<sup>228</sup> y, menos aun, en una fecha y una hora determinadas. Pero lo anterior tampoco significa que la actividad jurisdiccional no sea susceptible de control desde el punto de vista del tiempo empleado: el tribunal está sujeto a exigencias temporales por cuanto las «dilaciones indebidas» están proscritas constitucionalmente y sancionadas por el TEDH como vulneración del Convenio. Entre las exigencias a ponderar en la selección de medios y actos que configuran la diligencia de lanzamiento el tribunal debe tener en cuenta las exigencias temporales aunque no forme parte de ellas el cumplimiento mecánico de un término.

Una última reflexión al respecto: las medidas acordadas deben ser adecuadas a las circunstancias concurrentes, no impuestas por la tradición, el automatismo y, menos aun, el «desfallecimiento» en la persecución del orden jurídico a que se aspira y deben estar siempre orientadas a la entrega del inmueble; por lo que deberían estar, cuando menos, regidas por un preciso calendario de intervenciones<sup>229</sup>.

---

<sup>228</sup> Sin perjuicio de que dichas actividades puedan ver mermada su eficacia, aun por circunstancias ajenas al Poder Judicial (en particular por falta de cooperación por parte de las Administraciones públicas que, a su vez, adolezcan del suficiente apoyo presupuestario) y, en tal sentido, se termine vulnerando, por el Estado en su conjunto, el derecho a un proceso sin dilaciones. En este sentido, hemos analizado en otro lugar de este trabajo la jurisprudencia del TEDH al respecto.

<sup>229</sup> Evitar estas dilaciones o, más aun, la inejecución por obra de una cadena de plazos, fue la *ratio legis* de la peculiar expresión «*sin prórroga ni consideración de ningún género*» que se introdujo en la LEC de 1855 y reitera el art. 1599 LEC de 1881. Pero tal frase, en sí misma, no exigía (aparte la inercia histórica y las condiciones ideológicas, sociales y económicas del momento) reducir los medios de ejecución a la coerción policial sobre el ocupante y, menos aun, a través de una actuación particularmente brutal. En este sentido, GÓMEZ DE LA SERNA, en su oficiosa exposición de motivos a la LEC de 1885 afirmaba: «abuso antiguo era que dada la providencia de lanzamiento, estuviese aun muchas veces por largo tiempo privado el propietario de la libre disposición de su finca. En la memoria de todos están los medios escogitados por los inquilinos de Madrid, que no pagaban con puntualidad los arrendamientos, medios que en mucha parte habían ya tenido su correctivo. Acudían al mandamiento de amparo, a la prórroga por equidad, a enfermedades supuestas y a otros mil arbitrios menos decentes para conseguir, como á las ve//ces lo lograban, permanecer por bastantes meses en una casa cuyos arrendamientos debían, y no pensaban ni podían pagar. Para remediar

### 3. Interrupción y suspensión de la diligencia de lanzamiento

#### 3.1. Interrupción y reanudación sin nuevo señalamiento

Con carácter general, las diligencias de ejecución una vez iniciadas en horas hábiles pueden continuar en horas inhábiles, de modo que, sin ulteriores consideraciones, el lanzamiento podría continuar más allá de las 10 de noche (horas hábiles a efectos de ejecución). Sin embargo, tratándose de desalojo de viviendas hay que tener en cuenta que forma parte de la prohibición de desalojos forzosos la de los desalojos realizados de noche, en cuanto suponen un innecesario desvalimiento añadido a los sujetos desalojados (cierre de instituciones y establecimientos, bajada de temperaturas en invierno, disminución de medios de transporte, etc.). De este modo, la hora avanzada del día (debida a demoras en la práctica de la diligencia por diversas circunstancias) debe determinar la finalización de la «sesión» iniciada y la reanudación de la diligencia en una nueva «sesión» a celebrar, de ser posible, al día hábil (o habilitado) siguiente. La diligencia que así se interrumpe no pierde su unidad: la reanudación de la actividad no corresponderá a una nueva diligencia sino que se tratará de una nueva sesión de la anterior.

Esta circunstancia es análoga a la que supone la realización en varias «sesiones» de una misma vista o audiencia, sin que por ello se considere que

---

semejantes abusos fijó la Comisión términos precisos e improrrogables, dentro de los cuales, si no quedaba desocupada la casa, fuesen lanzados de ella los inquilinos o colonos a su costa y sin ninguna clase de consideraciones» (Gómez de la Serna, Pedro, *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1857, págs. 136 a 139). La pretensión de evitar el encadenamiento de plazos en el desalojo de vivienda venía de atrás, como puede comprobarse en el Capítulo 5 del privilegio concedido por don Felipe III a esta villa de Madrid en Lerma a 8 de mayo de 1610, que está en el auto 5, tit. 15, lib 3 (o Ley 24, tit. 14, lib 3. Nov. Recop.): «Que los amparos que se suelen dar sobre las casas, acabado el tiempo de su arrendamiento, no queriendo el dueño de ella arrendarla al que la viviere, no esceda de cuarenta días, y éste sea término perentorio, para que no se pueda alargar por ningún alcalde, ni por mi consejo, por el agravio que recibe el dueño de la casa ocupándose contra su voluntad a título de dicho amparo, pues los dichos cuarenta días después de cumplido el arrendamiento es termino bastante para que el alquilador busque casa, y pase a ella; y si el dueño de la casa le hubiere requerido ante escribano que salga, se entienda que los cuarenta días han de correr desde el día del requerimiento»; objetivo que no se consiguió como se deduce de lo expuesto por Gómez de la Serna.

se trata de diferentes vistas. Conforme al art. 184.1 LEC «Para la celebración de las vistas se podrán emplear todas las horas hábiles y habilitadas del día en una o más sesiones y, en caso necesario, continuar el día o días siguientes»; se concede prioridad a la sesión de una vista ya comenzada frente a las vistas no empezadas (art. 188.1 LEC: «La celebración de las vistas en el día señalado sólo podrá suspenderse, en los siguientes supuestos: 1.º Por impedir la continuación de otra pendiente del día anterior. [...]»). En estos casos, no se requieren actos intermedios entre una sesión y la siguiente por lo que la reanudación de la diligencia puede fijarse para el siguiente día.

Entendemos que, en el supuesto de interrupción que nos ocupa no será necesario ealizar un nuevo señalamiento ni notificación alguna bastando con la constancia en la propia documentación del lanzamiento de las circunstancias que motivan la interrupción y la indicación —realizada ante las partes y terceros presentes— de que se continuará en el día hábil siguiente (indicando con precisión cuál sea este día y la hora de inicio). Puede sostenerse que el acto de suspensión-reanudación forma parte de la propia diligencia, que las partes mantienen respecto a la segunda sesión la misma posición que respecto a la primera. Las partes presentes en el acto deben considerarse informadas de la reanudación por su presencia en el acto de la diligencia que, debe resaltarse, es para ellas una carga : la parte ausente en la diligencia de lanzamiento no puede considerarse perjudicada por una situación a la que ha llevado su falta de alzamiento de la carga procesal.

Además de la hora avanzada del día como motivo determinante de la finalización de la «sesión» de la diligencia en curso para reanudarla el día siguiente, otros eventos o circunstancias permitirían idéntico proceder: todos aquellos supuestos de falta de medios que pueda considerarse fácilmente subsanable para la siguiente «sesion». No comparece alguno de los sujetos que fueron convocados a la diligencia (cerrajero, policía, servicios sanitarios, servicios sociales...) por razones que no impiden su comparecencia el día siguiente (la policía o los servicios sanitarios tuvieron que atender una urgencia, por ejemplo).

Sin embargo lo anterior, puede ponerse en cuestión que la comisión judicial pueda, *motu proprio*, acordar la interrupción-reanudación de la diligencia sin el amparo de una resolución procesal previa. El decreto que ordena la diligencia de lanzamiento debería avalar esta posibilidad, detallando las circunstancias temporales (hora del día, falta de comparecencia de determinados sujetos convocados —que se especificarían— por ejemplo) ante las que sería pertinente la finalización de la «sesión» iniciada para reanudar la diligencia el día hábil siguiente con una nueva «sesión». Lo más acertado sería, no obstante, que el decreto de concreción de medidas de ejecución que establece la realización de la diligencia como medio procedente para la ejecución precise tales circunstancias, de tal modo que notificada a las partes éstas puedan conocer de antemano dicha posibilidad de varias sesiones consecutivas. La diligencia permitiría, además, habilitar los días inhábiles siguientes al de la primera «sesión», evitando mayores retrasos en el desarrollo de la actividad (por ejemplo, la diligencia se señala para un viernes pero el decreto que la ordena habilita expresamente el sábado para el caso de su interrupción). También los exhortos dirigidos a otros tribunales en solicitud de cooperación, los oficios dirigidos a las distintas autoridades que deban intervenir y los requerimientos dirigidos a particulares intervinientes, deberían advertir a sus destinatarios de tal posibilidad de celebrar varias sesiones consecutivas, así como del deber de comparecer en la jornada que al efecto señalen la comisión judicial en el momento de interrumpir la sesión. Las partes que no conocían esta posibilidad de realización de la diligencia en sesiones consecutivas (puesto que el decreto que se les notificó no lo reflejaba) pueden considerar que les causa indefensión e impugnar la actuación de la comisión por falta de amparo en una resolución previa (art. 562.1.3.<sup>a</sup> LEC).

Para homogeneizar los criterios sobre realización de la diligencia de lanzamiento en varias sesiones (causas que lo permiten, procedimiento a seguir por la comisión, criterios de habilitación...) los protocolos de actuación en el procedimiento de cada oficina judicial podrían contener indicaciones orientativas, sin que ello excuse que sea el secretario a cargo de la ejecución en cada proceso quien deba concretar tales directrices en sus decretos.

### 3.2. Interrupción, suspensión y nuevo señalamiento

#### 3.2.1. Concepto y régimen

En ocasiones, la diligencia de lanzamiento iniciada no podrá continuar debido a defectos o carencias no subsanables para el día hábil siguiente. Carencias de esta índole pueden consistir en no disponer la comisión judicial de los medios apropiados para realizar su labor, por no haber previsto el tribunal (ni advertido de ello las partes) las reales circunstancias del caso (no se contaba con la presencia de un animal de custodia en la finca —o con su ferocidad—, con la enfermedad del ocupante —o con su gravedad— o con la situación de indigencia de los ocupantes —o su intensidad—, etc.). Defectos de la diligencia pueden consistir, por ejemplo, en no mencionar ésta la presencia de sujetos que ocupan el inmueble ni haber establecido un procedimiento de actuación ante tal evento: se encontrará con ocupantes cuya identidad no consta en el decreto que ordena su actuación ni dicho decreto establece el *modus operandi* ante dicha presencia.

En todos estos supuestos, ni son meras razones de tiempo las que impiden la continuación de la diligencia, ni esta se puede reanudar, sin más, en una sesión inmediatamente posterior. Se trata de obstáculos a la diligencia que suponen bien una imposibilidad material de lograr la entrega posesoria, bien una imposibilidad jurídica de llevarla a cabo sin vulnerar derechos fundamentales de los ocupantes o de terceros. Es necesario, pues, adoptar nuevas resoluciones que permitan solventar las carencias detectadas por lo que la diligencia deberá ser temporalmente suspendida.

Ahora bien, es la comisión judicial la que se enfrenta a la imposibilidad mencionada y es inevitable que (salvo comunicación telemática con el secretario judicial) deban ser sus integrantes (señaladamente, el funcionario del cuerpo de gestión por su mayor cualificación jurídica<sup>230</sup>) quienes valorando *prima facie* dicha

---

<sup>230</sup> Sin perjuicio de que puedan dirigirse telefónicamente al secretario judicial para recabar de este asesoramiento en la toma de su decisión que, no por ello, dejará de ser una actuación de mero hecho que deberá ser amparada posteriormente en la resolución procesal oportuna.

imposibilidad interrumpen la diligencia<sup>231</sup>. Es conveniente, por esta razón, que el secretario judicial, en el decreto de concreción de medidas ejecutivas que acuerda la diligencia de lanzamiento, establezca con cierto detalle las causas más frecuentes de esta modalidad de interrupción de la diligencia (que no prevé su reanudación en una «sesión» consecutiva). Tras la interrupción de la diligencia en curso por decisión de la comisión judicial, el secretario judicial debe dicta una resolución expresa y motivada en forma de decreto (art. 551.3 LEC) acordando la suspensión de la diligencia, decreto impugnabile mediante recurso directo de revisión (art. 551.5 LEC)<sup>232</sup>, adoptando, en su caso, las nuevas medidas ejecutivas que correspondan y señalando una nueva la fecha y hora para reanudar la diligencia; todo lo cual conllevará la correspondiente notificación a las partes y la emisión y diligenciamiento de nuevos exhortos, oficios, mandamientos y requerimientos a quienes deben cooperar con su desarrollo.

Aunque la suspensión, como acabamos de analizar, puede tener como desencadenante la interrupción por la comisión judicial de una diligencia ya en marcha al constatar en el curso de la misma carencias o defectos que impiden su continuación, nada obsta a que la resolución de suspensión se pueda adoptar antes

---

<sup>231</sup> PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, afirmaba que en la realización de las medidas coactivas de ejecución, la figura preeminente es el agente judicial por lo que «[...] puede ocurrir que cualquier incidente surgido durante la ejecución plantee una dificultad insuperable al agente judicial, y [...] el resultado puede ser desastroso para la eficacia de la función jurisdiccional [...] es la consecuencia de no precisar en la ley la conexión entre el juez y el agente judicial [...]» y añade que éste «tendrá que adoptar las resoluciones que de momento sean precisas, principalmente la de suspender la diligencia cuando se presenten cuestiones de propiedad, de inembargabilidad de bienes y análogas» (Prieto-Castro y Ferrándiz, Leonardo, «Correcciones al Derecho sobre ejecución forzosa de la Ley de Enjuiciamiento civil», RGLJ, segunda época, tomo XXIII, núm. 5 (1952), págs. 516 y 517).

<sup>232</sup> Pues, como señalamos supra (parte primera, capítulo segundo, § 3.3.5 y capítulo segundo, § 4.1.2), aun cuando el art. 551.5 LEC sólo se refiere expresamente a la impugnación del inicial decreto de concreción de las medidas ejecutiva, también comprende como objeto de recurso los decretos de concreción dictados por el secretario judicial con posterioridad, siempre que tengan el mismo contenido: la adopción de medidas ejecutivas concretas delimitadoras de la responsabilidad precisa que se va a exigir al demandado. El demandante, al recurrir puede considerar que la suspensión minorra la responsabilidad exigible al demandado al otorgar un margen que la ley no consiente. El juez, como titular de la potestad de juzgar, debe ser quien resuelva sobre el alcance de la responsabilidad que, de modo indirecto, determina la resolución sobre suspensión de la diligencia. Si la resolución decreta la reanudación de la diligencia (entendiendo que el desalojo procede pese a las circunstancias identificadas por la comisión judicial como causa de interrupción) será el demandado quien pueda interponer un recurso directo de revisión para que el juez se pronuncie sobre el grado de lesión que a sus derechos fundamentales supone tal reanudación y el alcance excesivo que, por consiguiente, se pretende otorgar a su responsabilidad.



de que se inicie la diligencia de lanzamiento en el supuesto de que tales carencias o defectos se lleguen a conocer por el tribunal. Dicho de otro modo: si las circunstancias por las cuales la diligencia de lanzamiento puede fracasar son conocidas por el tribunal antes de la fecha señalada para su práctica y el tiempo disponible hasta tal fecha no es suficiente para allegar los medios pertinentes para proceder con éxito a la misma, el tribunal, por razones de economía procesal, deberá acordar, mediante decreto, la suspensión de la diligencia, notificando su resolución a las partes y a todas las personas, órganos o instituciones a las que se dirigió en su momento recabando cooperación mediante exhorto, oficio, mandamiento o requerimiento. Uno de los medios que permitirá al tribunal conocer la imposibilidad de desarrollo de la diligencia de lanzamiento (sus carencias o defectos) será la intervención de Administraciones especializadas (servicios sociales y de vivienda, sanitarios, de menores, etc.) durante la fase de preparación de la diligencia: tal intervención, incapaz de dar solución satisfactoria a la situación de los ocupantes en el tiempo disponible, permitirá también fundamentar la imposibilidad de desarrollo de la diligencia de lanzamiento sin vulneración de ciertos derechos de los ocupantes.

En los casos en que la suspensión provenga de haberse constatado la insuficiencia o inadecuación de las medidas de concreción ejecutiva adoptadas en su momento (mediante decreto dictado conforme al art. 551.3 LEC) será necesario complementarlas con nuevas medidas o la modificación de las originales, sustituyéndolas por otras más acordes con las circunstancias efectivamente constatadas.

Para regular las interrupciones y suspensiones se puede acudir a la aplicación analógica del régimen de suspensión e interrupción de vistas, que el art. 189 bis ya extiende a «las comparecencias a celebrar exclusivamente ante el Secretario judicial»: sin que podamos sostener que la diligencia que nos ocupa sea una «comparecencia ante el secretario judicial», puede comprobarse que en ella están constituidas formalmente las partes y el tribunal (a través de la comisión judicial, al frente de la cual podría estar el secretario) y en la que se toman decisiones con

relevancia jurídica, lo que, a nuestro parecer, proporciona la suficiente «identidad de razón» para la aplicación analógica. Según el artículo 189, la vista suspendida se reanudará «al acordarse la suspensión y, si no fuere posible, tan pronto como desaparezca el motivo que la ocasionó». El art. 188.2 establece que la suspensión de una vista por el secretario judicial «se hará saber en el mismo día o en el día hábil siguiente al Tribunal y se comunicará por el Secretario a las partes personadas y a quienes hubiesen sido citados [...]» (art. 188.2 LEC).

Cuando la ejecución se realice mediante exhorto o a través de servicios comunes el art. 10.7 del Reglamento 2/2010, sobre criterios generales de homogeneización de las actuaciones de los servicios comunes procesales<sup>233</sup> establece que «La suspensión de la práctica de alguna diligencia solo podrá acordarse por el órgano que la solicitó. La ejecución material de alguna diligencia podrá suspenderse excepcionalmente por el Director del servicio común por imposibilidad de llevarla a la práctica». Estos artículos se refieren a la suspensión de la diligencia pues la interrupción corresponde, en todo caso, a la comisión judicial en la que no se integra necesariamente el secretario judicial. La comisión adoptará las decisiones sobre interrupción en función de las circunstancias concurrentes en cada caso y del grado de precisión que refleje el decreto que ordena la diligencia. Sin embargo, según la norma citada, la suspensión posterior a tal interrupción (o la suspensión previa al desarrollo de la diligencia de lanzamiento) corresponde al órgano que hubiera ordenado su práctica. Según, el protocolo marco (mayo de

---

<sup>233</sup> ROBLEDO VILLAR, antes de la reforma de la LOPJ por la ley 19/2003 y ante la proliferación de servicios comunes de notificaciones y actos ejecutivos en los órganos jurisdiccionales (especialmente en las ciudades), consideraba críticamente que de este modo se produce «un alejamiento entre la comisión judicial encargada de realizar la diligencia y el Juez que lo acuerda; los funcionarios ejecutores no pertenecen al Juzgado decisor, resultando dudosa su competencia» dado que «[...] a la hora de realizar el desalojo, serán muchas las cuestiones que tendrán que valorarse *in situ*, relativas a la práctica de la diligencia acordada y si el ejecutor desconoce los antecedentes verá más difícil su cometido»; con todo, admitía que su existencia y funcionamiento «están plenamente aceptados y la moderna secretaría judicial tiende a estar organizada mediante la sucesiva implantación de servicios comunes a un conjunto de ellas a fin de racionalizar, al máximo, tanto los medios personales como el empleo de los más modernos medios de información, comunicación y ejecución, entre otros» (Robledo Villar, Antonio, *La subasta judicial: el remate*, Cedecs, Barcelona, 1998, págs. 314 y 315). Más radical se mostraba DE FRUTOS VIRSEDA, sosteniendo la nulidad de los actos procesales practicados por los funcionarios de los servicios comunes pues el juzgador no podía emitir mandamientos a personal judicial no integrante de su órgano jurisdiccional (De Frutos Virseda, Francisco Javier, «Los servicios comunes de notificaciones y embargos», *La Ley*, n.º 1 (1992), pág. 1072 a 1078).

2010)<sup>234</sup>, es el secretario del servicio común de ejecución es quien dicta el decreto (o decretos) de concreción ejecutiva, remitiendo al servicio común de actos de comunicación y ejecutivos el mandamiento para la realización del lanzamiento por medio de la comisión judicial que se constituya en dicho servicio y para la práctica de los actos de comunicación (oficios y requerimientos) que se precisen. Debe entenderse, por tanto, que «el órgano» que solicitó la diligencia de lanzamiento al que corresponde acordar la suspensión es el secretario director del servicio común de ejecución y no el secretario de la unidad procesal de apoyo del órgano que dictó el auto despachando ejecución. La posibilidad «excepcional» de suspensión que corresponde según la norma citada al secretario director del servicio común de actos ejecutivos debe entenderse referida a razones internas, organizativas, del propio servicio que impidan el desplazamiento de la comisión.

### *3.2.2. Distinción respecto de la suspensión de la ejecución*

El art. 565 LEC bajo la rúbrica «Alcance y norma general sobre suspensión de la ejecución» establece en su apartado primero que «Sólo se suspenderá la ejecución en los casos en que la Ley lo ordene de modo expreso, o así lo acuerden todas las partes personadas en la ejecución». De este modo, el punto de partida es siempre una prohibición general de suspensión de la ejecución. Por ello es relevante preguntarse si los supuestos que hemos calificado de «interrupción» y, sobre todo, de «suspensión» de la diligencia de lanzamiento han de considerarse modalidades de suspensión del proceso de ejecución contempladas en dicho artículo, en cuyo caso estarían proscritas. En nuestra opinión, la norma contenida en el art. 565 LEC tiene un ámbito de aplicación distinto al de suspensión de la diligencia que acabamos de analizar. La finalidad del régimen de suspensión que regulan los arts. 565 y siguientes es impedir la paralización del proceso de ejecución, la detención de la actividad orientada a satisfacer al demandante con el fin resolver en el *interin* cuestiones declarativas planteadas por las partes o por terceros. Es decir se pretende que el planteamiento de cuestiones sobre la procedencia o el alcance de la ejecución y la cognición y contradicción correspondiente a tales cuestiones sirvan como mecanismos dilatorios de la actividad procesal satisfactiva. Por ello, la regla general

---

<sup>234</sup> Vid. supra, capítulo segundo de esta parte cuarta, nota 157.

contenida en el art. 565 LEC se matiza en los artículos siguientes para cada uno de los cauces de contradicción previstos legalmente: procesos impugnatorios (revisión y rescisión: art. 566 LEC); recursos ordinarios (art. 567 LEC); procesos iniciados por terceros en supuestos de concurso (art. 568 LEC<sup>235</sup>) y procesos penales (art. 569 LEC). Es decir, se trata de prohibir la paralización de la actividad satisfactiva de ejecución considerada en su conjunto con ocasión de actos de parte que impugnan su fundamento (la sentencia de condena que se ejecuta) o actos concretos de la misma.

Pero el régimen de suspensión analizado no alcanza a impedir la interrupción y suspensión de aquellas actividades concretas de ejecución contrarias al ordenamiento cuando tal suspensión no suponga una paralización de la actividad de ejecución. Pese a la interrupción y suspensión de la diligencia de lanzamiento la ejecución (la fase de lanzamiento) continúa, pues, a consecuencia de tal suspensión se adoptan, sin solución de continuidad, nuevas resoluciones que, precisamente, la adecuan al ordenamiento, dotándola de mayor eficacia.

La interrupción y suspensión de la diligencia de lanzamiento si bien retrasa la satisfacción del acreedor no supone el cese de la actividad ejecutiva de satisfacción que continuará con las actividades instrumentales que sean pertinentes (acordando la cooperación de diversas Administraciones públicas y emitiendo los oficios correspondientes, por ejemplo). Esta interrupción y suspensión de la diligencia de lanzamiento va seguida, sin solución de continuidad (sin interrupción ni suspensión de la ejecución) por resoluciones procesales que ajustan la ejecución a circunstancias que desconocían en el momento de dictar la resolución inicial de medidas ejecutivas (art. 551.5 LEC). Dicho de otro modo: la fase de lanzamiento

---

<sup>235</sup> La suspensión originada por los procesos concursales, puede interpretarse como una forma peculiar de tutela *ex lege* los derechos de los acreedores que pueden verse perjudicados por la disrupción de la actividad productiva que ampara el inmueble objeto de desahucio. Es la razón también de que el art. 70 LCo. admita la rehabilitación del contrato de arrendamiento. Pero si es posible una intervención tan intensa del legislador en beneficio de los derechos, sin duda legítimos, de los acreedores (y aun del mercado o la actividad productiva en general) con restricción de la acción ejecutiva del demandante, consideramos que, con la misma razón, debe ser posible una interrupción mucho más modesta (por ser sólo temporal) de la ejecución en beneficio de los derechos fundamentales de los ocupantes. Tal observación sólo nos dice de la coherencia política, económica y sociológica del legislador.

no cesa ni se suspende con la suspensión de uno de sus trámites (la diligencia de lanzamiento) porque continúa mediante las actividades de ordenación que permitirán reanudar la diligencia de lanzamiento contando con los medios apropiados.

Podría objetarse, sin embargo, que con la suspensión se vulnera el efecto de cosa juzgada formal ( art. 207.3 LEC) de las resoluciones que amparaban la diligencia. En nuestra opinión, el tribunal que ha ordenado, mediante un decreto de medidas ejecutivas, determinada actividad de ejecución para la modificación de una igualmente determinada situación fáctica, no contradice la resolución dictada si la situación fáctica que se pretende modificar no se corresponde con la que fundamentaba la resolución: la nueva realidad fáctica deja sin causa la resolución dictada y puede hacer ilegal su ejecución. Por ejemplo, si el decreto de concreción de medidas de ejecución ordena el desalojo de los ocupantes (considerando como tales al demandado y su familia) no contradice esta resolución, la interrupción de la diligencia (por la comisión judicial) y su posterior suspensión (mediante decreto del secretario judicial) por la razón de ocupar el inmueble un sujeto que sostiene disponer de título para poseer. De igual modo, el decreto que, como contenido de la diligencia de lanzamiento, ordena la expulsión *manu militari* de los ocupantes de un inmueble (sin hacer mención a las consecuencias de tal expulsión), no se desconoce con la interrupción y suspensión de tal diligencia motivada por las graves consecuencias (contrarias a los derechos fundamentales de los ocupantes) que no se tuvieron en consideración al dictar la resolución. En este sentido, el propio acto de «suspensión» de la diligencia de lanzamiento puede considerarse un acto de impulso procesal sometido a la regla general de impulso de oficio del art. 179.1 LEC: «Salvo que la Ley disponga otra cosa, el Secretario judicial dará de oficio al proceso el curso que corresponda, dictando al efecto las *resoluciones necesarias*».

### *3.2.3. Modalidades de interrupción y suspensión de la diligencia de lanzamiento..*

#### a) Suspensión de oficio: por iniciativa del tribunal

La suspensión o interrupción de la diligencia de lanzamiento puede ser acordada de oficio por el tribunal una vez conoce las circunstancias concurrentes y su

imposibilidad material (por falta de medios para proceder a la misma) o jurídica (por las consecuencias legalmente proscritas a que su realización puede dar lugar o por exceder su ámbito el autorizado por el decreto que la amparaba).

Como acabamos de afirmar, esta forma de suspensión de la diligencia no equivale a la suspensión de la ejecución sino que tan solo es la suspensión de un acto concreto de la misma (aunque complejo: formado por diversos actos: la diligencia de lanzamiento) cuyo efecto será reemplazado por actos posteriores orientados igualmente a la satisfacción del acreedor (sin demérito de los derechos fundamentales del deudor según el principio de proporcionalidad).

b. Suspensión a instancia de parte: impugnación de las resoluciones que la ordenan

Las partes, una vez notificada la diligencia de lanzamiento, pueden pretender su suspensión cuando entiendan que se desarrollo, tal como está ordenada, ocasionará una vulneración del ordenamiento procesal o material. Bien mirado, no es más que la instancia de parte relativa a la suspensión que también de oficio puede hacer el tribunal según lo expuesto en el apartado anterior.

Cuando las medidas concretas de ejecución a realizar por la comisión judicial están amparadas por el decreto de concreción de medidas ejecutivas (art. 551.3 LEC), la impugnación de tales medidas por considerarlas contrarias a las normas jurídicas será hará a través del recurso directo de revisión frente al juez (art. 551.5 LEC) y, de considerar que tales medidas son contrarias al alcance que permite el título ejecutivo, se impugnarán interponiendo un recurso de reposición ante el secretario judicial, seguido, en su caso, de un recurso de revisión, ante el Juez (párrafo segundo del art. 563.1 LEC). Puesto que la interposición de recursos no suspende, por sí misma, la actuación ejecutiva impugnada (art. 567 LEC<sup>236</sup>), la diligencia de lanzamiento no se suspenderá por el solo hecho de interponer el recurso y deberá realizarse en el día y la hora previstos. Sin embargo, con fundamento en el art. 567 LEC, la suspensión se puede solicitar en el mismo acto

---

<sup>236</sup> En particular, para la impugnación mediante recurso de revisión directa del decreto acordando las medidas concretas de ejecución, el art. 551.5 LEC señala que la interposición del recurso de revisión carece «efecto suspensivo».

del recurso (de reposición o revisión) interpuesto contra los decretos de ordenación de la diligencia de lanzamiento. Conforme al citado artículo, la suspensión debe solicitarse expresamente, justificando la existencia de un posible daño de difícil reparación como resultado de la diligencia de lanzamiento y ofreciendo una caución que permita compensar los daños que para el demandante pudieran derivarse del retraso que ocasionare la suspensión<sup>237</sup>. Deberá, además, alegarse la infracción legal que se considera producida (arts. 452.1 y 562.1 LEC, para la reposición y art. 454 bis 2.I LEC, para la revisión), la cual podrá referirse al derecho fundamental que se considere vulnerado por la actuación prevista o al grado en que el decreto de ejecución se aparte de lo previsto en el título (ordenando, por ejemplo, el desalojo de anexos o de personas que no figuran en el título).

Por «daños de imposible reparación» habrá que entender, como señala MARÍN PASTOR, «la concurrencia de circunstancias que hagan imposible o difícil la reversibilidad de los resultados de la actividad ejecutiva en caso de ser estimados los recursos ordinarios interpuestos»<sup>238</sup>. La imposibilidad de reparación debe interpretarse, asimismo, en armonía con el concepto homónimo empleado en los arts. 528.2.2.<sup>a</sup> y 530.2 LEC para fundamentar la oposición a la ejecución provisional de sentencias de condena a prestación no dineraria entre las que se cuentan las de desahucio<sup>239</sup>. En este último contexto, la imposibilidad de reparación se ha entendido como inidoneidad de la indemnización para restaurar determinados perjuicios ocasionados por la

---

<sup>237</sup> El art. 566 LEC contempla la suspensión del proceso de ejecución en aquellos casos en que el ejecutado, condenado en rebeldía, tiene conocimiento de la sentencia con motivo de su ejecución y, en consecuencia, impugna el anterior proceso declarativo mediante un nuevo proceso de rescisión de sentencia dictada en rebeldía. En los mismos términos, regula la suspensión del proceso de ejecución por haberse interpuesto un recurso de revisión contra la sentencia declarativa que lo fundamenta. El régimen de la suspensión en estos supuestos sustituye la exigencia de previsible daño grave en caso de continuación del proceso por una exigencia de ponderación judicial de las circunstancias del caso. La suspensión sólo puede acordarse a instancia de parte y requiere caución.

<sup>238</sup> *Ibidem*, pág. 928.

<sup>239</sup> Vid. CABALLOL ANGELATS, Lluís, «La oposición a la ejecución provisional en la LEC 2.000», *Revista Jurídica de Cataluña*, págs. 221 a 235. Vid., asimismo, la jurisprudencia menor citada por ORTELLS RAMOS, Manuel, *La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, La Ley, Madrid, 2005, págs. 97 y 98; y MONTERO AROCA, Juan; FLORS MATÍES, José, *Tratado del proceso de ejecución civil*, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 370 a 372.

ejecución no dineraria<sup>240</sup>. CABALLOL ANGELATS propone un criterio adicional consistente en valorar si el interés que se intenta proteger impidiendo la ejecución provisional se encuentra protegido en nuestro ordenamiento por otras vías que hagan innecesaria la suspensión<sup>241</sup>. Este autor, por otra parte, se ha pronunciado con toda rotundidad sobre la imposibilidad de la reparación cuando se trata de desalojar al ejecutado de su domicilio<sup>242</sup>. El Tribunal Constitucional, al pronunciarse sobre la pretensión de suspensión del desalojo de vivienda o local de negocio durante la tramitación del recurso de amparo interpuesto frente a sentencias firmes ha valorado «[...] la dificultad de restituir al ejecutado en la posesión si aquéllas fuesen revocadas [...]»<sup>243</sup>. ACHÓN BRUÑÉN, atendiendo a la segunda condición establecida por el artículo 528.2.2.<sup>a</sup> LEC («[...] o compensar económicamente al ejecutado mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le causaren, si aquella sentencia fuese revocada») considera discutible que ciertas consecuencias puedan ser evaluadas pues «a nadie se oculta la dificultad de valorar el alcance real de los perjuicios sufridos por el arrendatario desalojado en caso de revocarse la sentencia de desahucio, para lo que se habrán de ponderar factores meramente económicos junto con otros que pertenecen al acervo extrapatrimonial o personal, lo que supone fijar una indemnización sobre bases sumamente

---

<sup>240</sup> DELA OLIVA pone como ejemplo «un caso en que el cumplimiento o la ejecución de una condena de hacer o de no hacer pueda implicar graves consecuencias financieras a una empresa, que aboquen a su cierre o a una quiebra» (De la Oliva Santos, Andrés/Jaime Vegas Torres/Ignacio Díez-Picazo Giménez, *Derecho procesal Civil. Ejecución Forzosa. Procesos especiales*, CERA, Madrid, 2000, pág. 369). En el mismo sentido, con relación a la sentencia de desahucio, ESCALER BASCOPTÉ, Ramón, *El desahucio por falta de pago*, págs. 167 a 170, con extensa cita de opiniones a favor y en contra.

<sup>241</sup> CABALLOL ANGELATS pone el ejemplo siguiente: si para hacer efectivos provisionalmente los pronunciamientos de una resolución es precisa la venta en bloque de una empresa, los trabajadores no se quedarán sin puesto de trabajo porque pasarán a ser empleados del nuevo propietario de la misma según el art. 44 ET. (Caballol Angelats, LLuis., *La ejecución provisional en el proceso civil*, J. M.<sup>a</sup> Bosch, Editor, Barcelona, 1997, pág. 183).

<sup>242</sup> «[...] podría considerarse que se causa un perjuicio irreparable cuando como consecuencia de la ejecución provisional, se desaloja al ejecutado de su domicilio (arts. 18.2 y 47 CE) por ser éste un bien de suficiente trascendencia como impedir que sea modificado por la eficacia de la sentencia recurrida» (*ibidem*. pág. 181).

<sup>243</sup> AATC 346/1983, de 13 de julio; 846/1987, de 1 de julio; 977/1987, de 3 de septiembre; 564/1988, de 14 de febrero; 1317/1988, de 8 de mayo; 199/1989, de 17 de julio y 170/1989, de 24 de noviembre; Vid. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín J., *Ley de Arrendamientos Urbanos. Su proyección procesal*, Comares, Granada, 1997, pág. 126).



discutibles»<sup>244</sup>. CARBALLO PIÑEIRO, invoca expresamente el principio de proporcionalidad, para evaluar la imposible o difícil reparación de los daños: es decir, debe ponderarse también el interés que se trata de proteger con la ejecución provisional<sup>245</sup>.

La suspensión, una vez adoptada, puede originar nuevas medidas de garantía del ulterior lanzamiento conforme al art. 700 LEC. Expresamente, el art. 565.2 LEC, (aunque referido expresamente a las garantías reales: «Decretada la suspensión podrán, no obstante, adoptarse o mantenerse medidas de garantía de los embargos acordados y se practicarán, en todo caso, los que ya hubieren sido acordados»).

La cuantía de la caución estará en función del abono de perjuicios que el retraso pueda suponer<sup>246</sup>. En nuestra opinión, del pago de la caución está dispensado el beneficiario de justicia gratuita, en cuanto la obtención de dicho beneficio comprende entre su contenido «Exención del pago de depósitos necesarios para la interposición de recursos» (art. 6.5 LAJG)<sup>247</sup>. En general, ha suscitado polémica la cuestión de si tal exención en el pago de depósitos incluye cualquier tipo de garantía económica exigida legalmente (sea depósito, fianza o caución) para iniciar

---

<sup>244</sup> ACHÓN BRUÑÉN, María José, *Análisis práctico del Juicio de Desahucio por falta de pago*, J. M.<sup>a</sup> Bosch, Barcelona, 2007, págs. 223. La autora, sin embargo, cita doctrina para la cual es indemnizable cualquier daño por lo que será la capacidad económica del ejecutante la que verdaderamente deba analizar el tribunal: *ibidem*, nota 443.

<sup>245</sup> CARBALLO PIÑEIRO, Laura, *Ejecución de condenas de dar*, J. M. Bosch, Editor, Barcelona, 2001, pág. 187.

MONTERO/FLORS señalan el amplio arbitrio del tribunal en esta materia (op. cit., pág. 368). ESCALER BASCOMPTE, en referencia al desahucio por falta de pago (pero con argumentación extrapolable a otros supuestos), afirma que «pueden existir casos concretos en que los argumentos citados pierden fuerza. Piénsese en hipótesis en que el bien arrendado permanece deshabitado o en un local que no se emplea para ningún tipo de negocio. Se estará de acuerdo que en estos supuestos no se manifiestan las mismas razones humanitarias que justifican la protectora regulación arrendaticia, ni tan siquiera puede resultar gravemente afectada la actividad comercial de una empresa en funcionamiento. Ciertamente es posible que no pueda volverse a la situación anterior en caso de revocarse la sentencia, si el objeto arrendado ha pasado a manos de un tercero que merezca protección, pero se trata de situaciones que pueden compensarse económicamente perfectamente» (Escaler Bascompte, Ramón, *El desahucio por falta de pago*, pág. 169 y 170).

<sup>246</sup> MARTÍN PASTOR, José, op. cit., pág. 928.

<sup>247</sup> Según COLOMER HERNÁNDEZ, esta dispensa se justifica» toda vez que la finalidad perseguida con tales depósitos —evitar recursos temerarios— se suple por el examen de sostenibilidad que el abogado designado debe realizar (art. 35 LAJG)» (Colomer Hernández, Ignacio, *El derecho a la justicia gratuita*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 98).

o proseguir el proceso (o para hacerlo con garantías de eficacia). Para COLOMER HERNÁNDEZ «se deben combinar dos parámetros, de un lado, evitar que las consignaciones económicas puedan suponer una situación de indefensión para el no habiente, y de otro, procurar el mantenimiento de las garantías existentes en relación con una eventual responsabilidad del beneficiario de la gratuidad»<sup>248</sup>. Para ello hay que distinguir, según el autor citado, «las consignaciones encaminadas a garantizar una responsabilidad patrimonial contractual del beneficiario de la justicia gratuita», esto es, las «exigidas por una relación jurídico material», que no resulta exoneradas en aplicación del art. 6.5 LAJG, y las «consignaciones de naturaleza procesal o procedimental» que sí debieran serlo. Entre las primeras se cuenta, por ejemplo, el pago de las rentas vencidas para la interposición de recursos en los procesos arrendaticios<sup>249</sup>, pues «se trata de rentas que habría de pagar el pobre aunque no existiera proceso»<sup>250</sup> y «el hecho de que el litigante goce del derecho de justicia gratuita no es causa para eximirle de cumplir con sus obligaciones contractuales, tal y como figura ya en una sentencia de condena»<sup>251</sup>. Habría que destacar que, en este caso, las rentas son debidas por un vínculo ajeno al proceso y su falta de pago hace irrelevantes las razones de quien pide la suspensión al ser, en sí misma, una causa de desahucio. Planteada en estos términos, entendemos que si no se exime al litigante sin medios económicos (beneficiario del beneficio de justicia gratuita) de la caución exigida para la suspensión del proceso con motivo de la interposición de un recurso sí se produce una indefensión. Es cierto, que el recurrente no verá impedido su acceso al recurso por carecer de medios económicos, pero sufrirá el lanzamiento que trata de evitar y, siendo este efecto irreversible, el recurso perdería su finalidad principal (con base en criterios puramente económicos un sujeto quedaría privado de su derecho a la tutela efectiva). Por otra parte, aunque la caución pretende cubrir una responsabilidad de naturaleza material frente al demandante (daños y perjuicios

---

<sup>248</sup> *Ibidem* (págs. 98 y 99).

<sup>249</sup> En el mismo sentido, BACHMAIER, Lorena, *La asistencia jurídica gratuita*, Comares, Granada, 1999 (segunda edición), págs. 133 y 134; Esta condición era exigida por el art. 1566 de la LEC de 1881 para el juicio de desahucio.

<sup>250</sup> MONTERO AROCA, Juan, «La caución juratoria y el proceso del art. 141 de la Ley Hipotecaria», *R.D.Proc.*, 1971, págs. 263 y sigs. (pág. 280), citado por Bachmaier, *ibidem*, pág. 134.

<sup>251</sup> BACHMAIER, Lorena, *La asistencia jurídica gratuita*, 1999, cit., pág. 134.

ex art 1902) también lo es que dicha responsabilidad no es anterior al proceso sino consecuencia del mismo, generada por el propio proceso (por el retraso en la ejecución que suponga la tramitación del recurso) y no derivada directamente de la relación material preexistente (como sería el pago de rentas).

Sin embargo, desde el punto de vista de la eficacia de la suspensión sobre los derechos de quien la solicita, BACHMAIER considera<sup>252</sup> que no siempre deben exonerarse a los beneficiarios de justicia gratuita de las fianzas exigidas en garantía de la indemnidad económica de la parte contraria. Avala su afirmación con la STC 202/1987, de 17 de diciembre (FJ. 2 y 3), que, con referencia a la obtención de medidas cautelares (sometidas a previa caución según el sistema de la LEC de 1881), declaró expresamente que, aun en los casos en que la fianza resultara prohibitiva o particularmente gravosa, el hecho de que el litigante sin recursos no pueda afrontar su pago no representa merma de su derecho a la tutela judicial efectiva *pues le priva únicamente del aseguramiento de los bienes* (lo que deriva, en su caso, en «un inconveniente o una mayor dificultad en la ejecución»)<sup>253</sup>. Con todo, según esta autora, deben distinguirse aquellas fianzas exigidas para obtener medidas cautelares o una *tutela anticipada* (como era, por ejemplo, la ejecución provisional ex art. 385 LEC de 1881) de las cauciones que impidan *de modo definitivo* el acceso a dicha tutela (como la que exigía el art. 41 LH en su redacción anterior a la LEC de 2000), es decir, que sean esenciales para obtener un pronunciamiento fundado sobre la tutela solicitada<sup>254</sup>. Siguiendo el anterior criterio en el caso que nos ocupa, hay que preguntarse si la suspensión pretendida por el ocupante al impugnar la diligencia de lanzamiento aspira a anticipar una tutela (la anulación de la diligencia tal como está ordenada), que

---

<sup>252</sup> BACHMAIER, Lorena, *ibidem*, págs. 135 y 136.

<sup>253</sup> Sin embargo, BACHMAIER (*ibidem*, pág. 137) matiza esta conclusión al considerar que el propio Tribunal Constitucional ha declarado que la posibilidad de adoptar medidas cautelares se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 238/1992, de 17 de diciembre y 148/1993, de 29 de abril).

<sup>254</sup> *Ibidem*, pág. 138. Sostiene esta autora que «[...] el argumento de la indefensión es incuestionable: no puede admitirse que la imposibilidad de prestar una medida de aseguramiento determine la privación del derecho de defensa del litigante sin recursos, más aún cuando ese aseguramiento puede conseguirse adoptando otro tipo de medidas cautelares». En el mismo sentido, MONTERO AROCA, Juan, *La caución juratoria y el proceso del art. 141 de la Ley Hipotecaria*, RDP, 1971, págs. 263 y sigs., pág. 182.

podrá obtener posteriormente una vez se resuelva la impugnación. La respuesta ha de ser negativa: la tutela posterior al lanzamiento no será similar a la que proporciona la otorgada antes de que se produzca (razón por la que hemos calificado el daño que produce como daño de imposible o difícil reparación).

Finalmente, si la impugnación del decreto que ordena la ejecución se basa en la vulneración de derechos fundamentales, la interpretación favorable a la suspensión (sin exigencia de caución para el caso de litigantes beneficiarios del beneficio de justicia gratuita) se ve, además, refrendada por los artículos 228 LEC<sup>255</sup> y 56.2 LOTC. El primero de ellos<sup>256</sup>, al regular el incidente de nulidad de actuaciones

---

<sup>255</sup> «Admitido a trámite el escrito en que se pida la nulidad fundada en los vicios a que se refiere el apartado anterior de este artículo, no quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecorribles, salvo que se acuerde de forma expresa la suspensión para evitar que el incidente pudiera perder su finalidad, por el Secretario judicial se dará traslado de dicho escrito, junto con copia de los documentos que se acompañasen, en su caso, para acreditar el vicio o defecto en que la petición se funde, a las demás partes, que en el plazo común de cinco días podrán formular por escrito sus alegaciones, a las que acompañarán los documentos que se estimen pertinentes»

<sup>256</sup> Este artículo forma parte de la última reforma hasta la fecha de la nulidad de actuaciones cuya acelerada historia legislativa reciente nada tiene que envidiar a la del juicio de desahucio. La ley 34/84, de 6 de agosto suprimió el incidente de nulidad de actuaciones, incorporando al art. 742 de la LEC de 1881 un segundo párrafo según el cual «será inadmisibile el incidente de nulidad de resoluciones judiciales. Los vicios que puedan producir tal efecto serán hechos valer a través de los correspondientes recursos». El acceso a un incidente de nulidad de actuaciones una vez firme la sentencia había sido censurado por el Tribunal Supremo (SSTS de 21 de marzo de 1958 (RA 1087), 11 de febrero de 1959 (RA 470), 18 de febrero de 1960 (RA 910), 25 noviembre de 1969 (RA 5661), 17 de marzo de 1979 (RA 879) —Vid. GARCIMARTÍN MONTERO, Regina, *El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 33—. La Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, pese a ocuparse de la nulidad de actuaciones (arts. 238 a 240 LOPJ), no recuperó el mencionado incidente. El art. 240 LOPJ únicamente permitía la declaración de la nulidad de pleno derecho de oficio y antes de haber recaído sentencia definitiva. Sin embargo, el TC admitió la posibilidad de declaración de nulidad de actuaciones (de oficio o a instancia de parte) pese a haberse dictado sentencia definitiva (STC 110/1988 de 8 de junio, basándose en que la expresión «sentencia definitiva» que utiliza el art. 240.2 LOPJ debía interpretarse como «la ya definitivamente ejecutada»; esta doctrina fue seguida por el TS —Vid. GARCIMARTÍN MONTERO, op. cit., pág. 37, nota 18—); El TC admitió, asimismo, la anulación (a instancia de parte) por la vía del art. 240 LOPJ de actos de ejecución por no haberse notificado válidamente la sentencia (entendiendo que, por ello, no había ganado firmeza: STC 198/1994, de 4 de julio). Contradiendo la anterior jurisprudencia, posteriores sentencias del TC (siendo la primera la STC 185/1990, de 15 de noviembre y seguida unánimemente por otras muchas —vid. GARCIMARTÍN MONTERO, op. cit., pág. 44, nota 32—) establecieron que únicamente el recurso de amparo era la vía adecuada para denunciar, a instancia de parte, la nulidad de actos procesales anteriores a la sentencia firme. Por lo que respecta a la nulidad de actos de ejecución, el TC entendió que cualquier vulneración de derechos causante de nulidad producida una vez dictada la sentencia firme debía canalizarse a través de los recursos ordinarios o por la vía del amparo constitucional (en este sentido, las SSTC 155/1988, de 22 de julio y 234/1988, de 2 de diciembre anulaban en amparo actuaciones ejecutivas por falta de notificación efectiva al ejecutado

para prevenir la lesión de derechos fundamentales contemplados en el art. 53.2 CE<sup>257</sup> (los contemplados en el art. 14 y en el Capítulo II del Título I, entre los que

de la providencia en que se acordaba la subasta de sus bienes; la STC 177/1995, de 11 de noviembre declaraba improcedente la petición de nulidad instada en ejecución pues el recurso de amparo es «el único remedio frente a situaciones de indefensión constitucional causadas por vicios procesales advertidos después de que haya recaído sentencia definitiva y firme, cuando contra ella no está previsto remedio procesal ante los tribunales ordinario»). La ley 5/1997, de 4 de diciembre, modificó el apartado 2 del art. 240 para admitir que la declaración de nulidad pudiera proceder «a instancia de parte» e incorporó un apartado 3 al dicho artículo en el que recuperaba el incidente de nulidad de actuaciones al admitir que «[...] quienes sean parte legítima podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en defectos de forma, que hubieran causado indefensión o en la incongruencia del fallo, siempre que los primeros no haya sido posible denunciarlos antes de recaer sentencia o resolución que ponga fin al proceso y que éstas no sean susceptibles de recurso en que quepa reparar la indefensión sufrida»; desaparecía la limitación de la sentencia firme como *dies ad quem* para instar el incidente. Los párrafos tercero y cuarto del art. 240 fueron nuevamente modificados por Ley Orgánica 13/1999, de 14 de mayo admitiendo la legitimación de quienes hubieran debido ser partes y no lo fueron y estableciendo el carácter irrecurrible de las resoluciones que resuelven el incidente. La Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, al regular la nulidad de actuaciones en los artículos 225 a 231, recupera, como tal, el incidente de nulidad (art. 228 LEC) en los mismos términos que el citado art. 240.2 LOPJ para que «se declare la nulidad de actuaciones fundada en defectos de forma que hayan causado indefensión, siempre que, por el momento en que se produjeron, no hubiera sido posible denunciar esos defectos antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y que ésta no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario», admitiendo el art. 562.1.2.º LEC su aplicación a las actuaciones ejecutivas: «Si se alegase que la infracción entraña nulidad de actuaciones o el tribunal lo estimase así, se estará a lo dispuesto en los artículos 225 y siguientes.». Sin embargo, la DF 17.ª LEC dejaba en suspenso las normas sobre nulidad (arts. 225 a 230) hasta la reforma de los artículos correspondientes de la LOPJ. Tal reforma fue acometida por la LO 19/2003, de 23 de diciembre que incorpora el incidente de nulidad de actuaciones en el art. 241 en los mismos términos que la LEC. Aun el citado incidente habría de sufrir una ulterior reforma. La LOPJ fue modificada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LOTC, para dar al apartado primero del art. 228 LOPJ una nueva redacción con la finalidad de «otorga a los tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales a través de una nueva regulación de la nulidad de los actos procesales ex artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Se trata de medidas encaminadas a lograr que la tutela y defensa de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria» (EM de la ley de reforma citada); La LEC fue modificada por la Ley 13/2009 (modificando el apartado primero del art. 228) para armonizarla con la anterior. Con esta última reforma, el incidente de nulidad sirve y para amparar la vulneración de cualquier derecho fundamental susceptible de amparo y no sólo las infracciones causantes de indefensión. La nueva redacción permite acudir al incidente «la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario». Vid. MORAL MORO, María José, *La subasta judicial de bienes inmuebles*, J. M.ª Bosch, Barcelona, 2000, págs. 408 a 412; MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, José María, *La nulidad de actuaciones en el Proceso civil*, Constitución y Leyes, Madrid, 1991; HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús Miguel, *La nueva regulación de la nulidad procesal. El sistema de ineficacia de la LOPJ*, Forum, Oviedo, 1995; LAMO RUBIO, Jaime, *Nulidad de actuaciones judiciales: régimen jurídico actual y perspectivas*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1998; GARCIMARTÍN MONTERO, Regina, *El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2002.

<sup>257</sup> En redacción dada por ley 13/2009.

no se cuenta la vivienda pero sí otros derechos vinculados a ella como la integridad física o la intimidad) como consecuencia de actuaciones procesales que no hubieran podido denunciarse anteriormente (en el caso que nos ocupa tal denuncia sí sería posible por vía impugnatoria de la que nos estamos ocupando<sup>258</sup>) admite que «se acuerde de forma expresa la suspensión para evitar que el incidente pudiera perder su finalidad». (228.2 LEC), sin exigir depósito, aval o caución. Por otra parte, en cuanto se trate de la protección de derechos fundamentales, el rechazo del recurso interpuesto (revisión, por ejemplo) abrirá la vía del recurso de amparo (art. 44 LOTC)<sup>259</sup>, y con fundamento en el art. 56.2 LOTC, el TC podría, a instancia del recurrente o incluso de oficio, acordar la suspensión del acto impugnado cuando «produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad»<sup>260</sup>. En este caso, el TC puede

---

<sup>258</sup> SALINERO ROMÁN, considera que el art. 562.2 LEC tiene como ámbito de aplicación fundamental la impugnación de actos de ejecución que afectan los derechos de terceros ajenos al proceso que, por esta misma razón, no disponen de acceso a los recursos aunque «si se le dio al tercero esa posibilidad de defenderse frente a la resolución o decisión judicial, debe concluirse que no cabría acudir al incidente excepcional de nulidad de actuaciones, que sólo procede en casos de defectos de forma causantes de indefensión, si no fue posible denunciarlos antes de recaer la resolución que puso fin al proceso» (Salinero Román, Francisco, «Comentario al art. 562», en AA. VV., *Comentarios a la nueva LEC*, Lex Nova, Valladolid, 2003, pág. 2769 y 2770).

<sup>259</sup> En este sentido, vid. CARBALLO PIÑEIRO, Laura, *Ejecución de condenas de dar*, J. M<sup>a</sup>. Bosch editor, Barcelona, 2001, pág.; CATALÁ COMAS, Chantal, *Ejecución de condenas de hacer y no hacer*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1998, pág. 432. ACHÓN BRUÑÉN considera procedente acudir al recurso de amparo para impugnar actuaciones ejecutivas que contravengan el título de ejecución, «ya que el art. 118 CE integra, asimismo, el contenido del art. 24 de nuestra carta magna [...] derecho a la ejecución de las sentencias en sus propios términos» (Achón Bruñén, María José, *La oposición en los procesos de ejecución de sentencias civiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 206 a 214). ORTELLS RAMOS, en relación con los medios de ejecución afirma que «La potestad de aplicar determinados medios ejecutivos no puede, en virtud de una interpretación sistemática con otras normas del ordenamiento—incluso de rango constitucional, hasta garantizadas de derechos fundamentales—, entenderse conferida simplemente porque es adecuada para alcanzar la finalidad de que la sentencia sea cumplida en sus propios términos, sino que es necesario que la ley atribuya la correspondiente potestad, estableciendo los presupuestos de dicha atribución» (Ortells Ramos, Manuel, *La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, La Ley, Madrid, 2005, págs. 49 y 50). VERDERA SERVER, por su parte, afirma que «el órgano ejecutor ha de valorar los diversos intereses en conflicto y en particular la adecuación de la diligencia respecto a la finalidad que debe cumplir (puesta en posesión del bien)» (Verdera Server, Rafael, pág. 253).

<sup>260</sup> Según ACHÓN BRUÑÉN, «el recurso de amparo puede suspender el curso de la ejecución si bien el TC suele estimar esta posibilidad con carácter excepcional [...] en general la admite cuando los daños que pueda ocasionar la no suspensión sean irreversibles» (Achón Bruñén, María José, *La oposición en los procesos de ejecución de sentencias civiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 206 a 214); vid. asimismo, CORDÓN MORENO, Faustino, *El proceso de Amparo Constitucional*, La Ley, Madrid, 1992, pág. 160 y nota 36.

condicionar la suspensión de la ejecución a la satisfacción por el interesado de la oportuna fianza suficiente para responder de los daños y perjuicios que pudieren originarse (art. 56.5 LOTC).

No es razonable, ni, por tanto, debe interpretarse la norma de tal modo, que las vías subsidiarias de impugnación (el incidente de nulidad de actuaciones y el recurso de amparo) ofrezcan garantías (considerando como tal la suspensión sin necesidad de caución en el caso de beneficiarios de justicia gratuita) en un momento en que resulta ya ineficaces, mientras que las vías principales (las vías de impugnación según los arts. 553.5 y 563 LEC) no las ofrezcan (exigiendo la caución a quien no puede afrontarla) en un momento en que todavía pueden ser eficaces. En el supuesto de considerar las partes que con la denegación de la suspensión de la diligencia de lanzamiento (con ocasión de la interposición de recurso contra la resolución que la acuerda y ordena), sea por considerar los perjuicios que causa el desarrollo de la diligencia no son de difícil reparación, sea por no eximir de caución al beneficiario de justicia gratuita, se vulneran sus derechos fundamentales a la tutela efectiva (y los que la suspensión amparaba: derechos vinculados a la vivienda) podrían considerarse satisfecho el principio de subsidiariedad y acudir a la vía de amparo solicitando en ella nuevamente la suspensión del lanzamiento para evitar la producción de «un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad» (art. 56.2 LOTC).

De acuerdo con lo expuesto y a modo de resumen: si de la ejecución se siguen consecuencias irreparables para el ejecutado (lo que ocurre siempre cuando el inmueble cuya entrega procura el lanzamiento sirve de vivienda habitual del ejecutado) la obtención del beneficio de justicia gratuita supondrá la exención de la caución exigida para suspender la ejecución con ocasión del recurso.

c) Suspensión de la diligencia de lanzamiento por impugnación de la actividad material en que consiste

La comisión judicial y los funcionarios o particulares que bajo su dirección intervienen en la diligencia de lanzamiento, pueden desbordar con su actuación lo

previsto en las resoluciones procesales que la ordenan o en las normas generales que la rigen. La impugnación de una actuación de la comisión judicial considerada contraria a las normas jurídicas procesales y materiales que rigen la actividad de ejecución y no amparada por las resoluciones que ordenan la actividad ejecutiva (o contradictoria con ella), está prevista en el art. 562.1.3.º LEC a través de un «escrito dirigido al Tribunal» en el que «se expresará con claridad la resolución o actuación que se pretende para remediar la infracción alegada»<sup>261</sup>. Debe destacarse que se excluye de esta vía el supuesto en que la actuación material sea irregular precisamente por cumplir con lo previsto en la resolución que la ordena: en tal caso el recurso deberá interponerse contra la resolución con fundamento en los arts. 551.5, 562.1.1.º y 2.º y 563, según corresponda.

Hay que preguntarse por la posibilidad de interrupción de la actividad en curso con motivo de la modalidad de impugnación prevista en el art. 562.1.3.º LEC. Dos objeciones podrían oponerse a esta posibilidad. En primer lugar, podría decirse que el mecanismo de impugnación previsto en dicha norma parte una infracción cometida por vía de hecho y ya consumada (y como tal, no susceptible de suspensión sino de reparación); en este sentido, se diría, se exige que el escrito de impugnación exprese con claridad «la resolución o actuación que se pretende para remediar la infracción alegada». En segundo lugar, se podría sostener que la suspensión admitida en el art. 567 LEC está referida expresamente a los «recursos ordinarios», mientras que la vía de impugnación regulada en el art. 562.1.3.º no se configura un «recurso»; el razonamiento que avala esta segunda objeción podría decir: al no ampararse la actuación de la comisión judicial en una voluntad manifestada formalmente (una resolución procesal) por el órgano competente para ello (el juez o el secretario judicial<sup>262</sup>), no existe decisión alguna que «reponer»

---

<sup>261</sup> Cfr. MARTÍN PASTOR, José, *La oposición a la ejecución y la impugnación de actos ejecutivos concretos*, La Ley, Madrid, 2007, págs. 790 a 793. Cita este autor un auto de la AP de Cádiz (Secc. 8.ª) de 22 de octubre de 2001 declarando correctamente inadmitido el recurso de apelación frente a un acto material de ejecución «esto es, la diligencia de lanzamiento», pues para impugnar tales actos se requiere el cauce procesal del art. 562.1.3.º LEC. Asimismo, cfr. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS López, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Iurgium, Madrid, 2001, pág. 442.

<sup>262</sup>Cuál sea el órgano competente no lo especifica el art. 562.1.3.º LEC —tras la reforma por ley 13/2009—. Habrá que atenerse en cada caso al órgano competente según el contenido de la reclamación. En principio, el Secretario judicial, mediante decreto, podrá resolver estas cuestiones relativas a los medios de ejecución y su interpretación por la Comisión del Juzgado.



o «revisar», por lo que esta forma de impugnación no puede ser, técnicamente hablando, un recurso; es en cambio una petición para que el tribunal se pronuncie por vez primera (una acción). Ninguno de tales argumentos nos parece determinante. Por una parte, la consumación de la infracción no es, en nuestra opinión, un presupuesto de la impugnación regulada por el art. 562.1.3.<sup>a</sup> LEC. Que en el escrito de impugnación se haya de expresar «la resolución o actuación que se pretende para *remediar* la infracción alegada» no implica que dicha infracción esté necesariamente consumada, bastará que la actuación irregular impugnada se haya manifestado y sea determinable en su alcance (de otro modo, siendo una actuación material, no podrá afirmarse su existencia, ni, menos aún, su supuesta irregularidad) pero esto no significa consumación, puede bastar con el inicio de la actividad de hecho para conocer inmediatamente su sentido y alcance. La existencia de un remedio jurídico frente a una actuación material o de hecho no supone necesariamente su previa consumación siempre y cuando se autorice su interrupción ante el aviso impugnatorio de la parte afectada. Por una parte, no cabe descartar que la actuación material sea anunciada a las partes con una mínima antelación en el mismo curso de la diligencia de lanzamiento o que, aun no anunciada, se trate de una actuación cuyo desarrollo no sea instantáneo (de forma que sólo quepa impugnar el resultado) sino progresivo y, por consiguiente, susceptible de interrupción. Esto es, precisamente, lo que ocurre con el lanzamiento: conlleva una determinada duración que permite ser interrumpida.

Por lo que respecta a la segunda objeción, que la impugnación de un acto no pueda calificarse en sentido técnico como solicitud de reposición o revisión de una resolución previa no justifica una menor protección para la parte afectada frente a una irregularidad de igual alcance. Es más, sería contradictorio que se reaccionase con mayor contundencia ante una actuación irregular amparada por una resolución judicial que ante una actuación irregular que ni siquiera cuenta con tal amparo. La perfecta analogía funcional entre los recursos y el mecanismo impugnatorio regulado en el art. 562.1.3.<sup>o263</sup>, depurar la ejecución de actuaciones

---

<sup>263</sup> MARTÍN PASTOR, pese a no considerar procedente la suspensión, propone para su tramitación la aplicación analógica de las normas del recurso de reposición (Martín Pastor, José, *La oposición a la ejecución y la impugnación de actos ejecutivos concretos*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 791). FERNÁNDEZ BALLESTEROS propone, como tramitación «razonable», que «de ese escrito se dé traslado

contrarias a las normas, impide que prevalezca un argumento meramente formal o lingüístico. En todo caso, existiendo identidad de razón, además de la interpretación extensiva propugnada, podría aplicarse por analogía la norma prevista en el art. 567 LEC.

El verdadero problema de la suspensión de este tipo de actividad es que al tratarse de una actuación material será conocida al tiempo de manifestarse y, por consiguiente, en el curso de realización la diligencia de lanzamiento por la comisión judicial, mientras que la ley exige que la impugnación (en la que será posible solicitar la suspensión de la actuación conforme al art. 567 LEC) se realice por escrito ante el tribunal. Ante la comisión judicial la parte afectada sólo podrá hacer un aviso o advertencia verbal de su ulterior intención impugnatoria (pero no es razonable esperar la presentación de un escrito «sobre la marcha» y por cauces irregulares —al margen del registro del juzgado —art. 129.1 LEC—). Para la comisión judicial surge entonces la alternativa entre la realización de la actuación cuya impugnación se ha anunciado (con lo que la interposición del escrito impugnatorio se realizará siempre tras una diligencia consumada y la posibilidad de suspensión se desvanece) o acordar la interrupción de la diligencia, permitiendo al interesado impugnar por escrito la actuación en curso (tal como permite el art. 562.1.3.<sup>a</sup> LEC) solicitando, al tiempo de la impugnación escrita, la suspensión de la diligencia (reanudándose la diligencia en caso de ser negativa la respuesta).

En nuestra opinión, no admitir la posibilidad de suspensión a instancia de parte de la actividad material en que consiste la diligencia de lanzamiento una vez iniciada por considerarla irregular no es conforme con una interpretación teleológica de la LEC: el art. 567 LEC ha previsto la posibilidad de suspensión de la ejecución precisamente para prevenir perjuicios de difícil reparación frente a actuaciones ejecutivas amparadas por una resolución expresa. No se explicaría porqué las actuaciones ejecutivas desarrolladas precisamente sin amparo en resolución alguna han de quedar eximidas de dicha regla a la que sí estarían sometidas las actuaciones amparadas en resoluciones expresas y, en principio,

---

a las partes personadas y que el Juez resuelva (en forma de providencia —206.2.1.<sup>a</sup>—) frente a la que cabrá recurso de reposición» (*ibidem*).

mejor fundadas. El argumento se refuerza en el caso de que los derechos que se dicen vulnerados por la actuación material sean derechos fundamentales de los litigantes, sobre todo aquellos susceptibles de ser tutelados a través del recurso de amparo, para el que se ha previsto (art. 56.2 LOTC), como acabamos de estudiar, la posibilidad de suspensión de la actuación recurrida (sea una resolución o una vía de hecho) cuando puede de causar perjuicios de difícil o imposible reparación (art. 56 LOTC). Por tanto, ante la invocación por alguna de las partes durante el curso de la diligencia de lanzamiento de una actuación material contraria a las normas procesales o materiales que la rigen y que envuelva un daño de difícil reparación (como exige el art. 567 LEC), especialmente si la lesión afecta a derechos fundamentales susceptibles de amparo (vida, salud, integridad física, intimidad...), la comisión judicial debería interrumpir la sesión en curso de la diligencia de lanzamiento y convocar a los presentes para una nueva sesión a celebrar el día hábil más próximo (la prudencia aconseja que no sea el inmediato siguiente); tras la interrupción, quien anunció la impugnación ante la comisión debería presentarla efectivamente y por escrito en el juzgado en el mismo día de la diligencia interrumpida o en el siguiente día hábil<sup>264</sup>, solicitando la suspensión de la diligencia y ofreciendo la caución exigida para ello (art. 567 LEC) —salvo exención para litigantes con beneficio de justicia gratuita a que hemos hecho referencia—. El secretario, habiéndose presentado la impugnación, dictará resolución al día siguiente de su recepción, acordando la caución oportuna —o eximiendo de la misma— y suspendiendo la diligencia en caso de creerlo necesario; resolución que será notificada a las partes y a quienes fueron citados a la diligencia de lanzamiento. No habiéndose presentado la impugnación anunciada o considerándola el secretario infundada, acordará la reanudación de la sesión interrumpida en la fecha y hora señalada por la comisión judicial o, en caso de haberse sobrepasado, señalando un nuevo día y hora para su práctica. En el supuesto de considerar las partes que con la denegación de la suspensión se vulneran sus derechos fundamentales podrían considerar satisfecho el principio de subsidiariedad con la negativa de suspensión y acudir a la vía de amparo

---

<sup>264</sup> Puesto que el art. 562.1.3.º no establece plazo alguno para formular la reclamación que regula, hay que acudir al art. 132.2. LEC que establece que aquellas actuaciones que no tengan señalado plazo «han de practicarse sin dilación».

solicitando nuevamente en ella la suspensión del lanzamiento para evitar la producción de «un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad» (art. 56.2 LOTC).

Sería conveniente que decreto de concreción de medidas ejecutivas ordenando la diligencia de lanzamiento estableciera los criterios a considerar y el procedimiento a seguir por la comisión judicial ante la alegación por las partes de una posible vulneración de sus derechos fundamentales como consecuencia de su actuación material (con anuncio de su intención impugnatoria); por ejemplo, autorizando expresamente a interrumpir la diligencia y a señalar una fecha tal para su reanudación que pueda permitir la resolución de la impugnación en los términos expuestos. Este posible contenido de los decretos de concreción de medidas ejecutivas podría quedar perfilados con carácter orientativo en los protocolos de actuación en el procedimiento que puedan aprobarse.

Pese a todo, constituye una carencia de la LEC no haber regulado más detalladamente el régimen de eventual interrupción de la diligencia de lanzamiento por impugnación de las actuaciones ejecutivas materiales desarrolladas durante la misma sin apoyo en una resolución previa o que excedan el ámbito marcado por ella. Pero, en nuestra opinión, esta carencia obliga a interpretar las normas existentes del modo expuesto, a pesar de tener que reconocer el carácter un tanto forzado de la misma<sup>265</sup>. No obstante, las partes que consideren que la diligencia de lanzamiento, tal como está ordenada por el decreto de concreción de medidas ejecutivas, permite anticipar razonablemente que la actuación material en que consiste la diligencia va a resultar inevitablemente en la lesión de sus derechos fundamentales (por no haber tomado en consideración aspectos relevantes de la situación en la que incide) y desconfíen de la interrupción a la que hemos hecho referencia, podrán impugnar dicho decreto considerando que afecta a los derechos fundamentales por vulneración del principio de proporcionalidad. La impugnación

---

<sup>265</sup> Recordamos que el TC ( STC 6/1992, de 16 de enero, FJ 7) se mostró contrario —al menos en una de las corrientes jurisprudenciales desarrolladas sobre el problema del lanzamiento de arrendatarios afectados por la ejecución hipotecaria— a que se desarrollasen incidentes no previstos expresamente por las leyes procesales y producto de una mera creación interpretativa (*vid. supra*, segunda parte, capítulo segundo, § 3.2.2, nota 182).

se hará mediante el recurso de revisión (en el plazo de cinco días desde que se dictó) si la situación lesiva del decreto para los derechos fundamentales es conocida al tiempo de dictarse (art. 551.5 LEC) y mediante el incidente de nulidad de actuaciones si la potencialidad lesiva de la diligencia prevista se deriva de circunstancias sobrevenidas (art. 562 y 228 LEC), pudiendo pedir la suspensión de la diligencia de lanzamiento en ambos casos (arts. 567 y 228.2 LEC).

#### *3.2.4. Criterios de suspensión*

La decisión sobre suspensión de la diligencia de lanzamiento, sea de oficio, sea a instancia de parte y por cualquiera de los diversos medios que hemos expuesto, requiere no sólo la posibilidad de existencia de perjuicios de imposible o difícil reparación sino que tales perjuicios no deban ser soportados por el demandado como parte integrante de la responsabilidad que ha asumido por su incumplimiento. Una vez más, aunque esta vez ante la realidad constatada por la presencia del tribunal en el inmueble que se desaloja y ante la inminencia de la actuación judicial, se trata de determinar la proporcionalidad de los sacrificios que deben ser tolerados: los que sufre el derecho del demandante (derivados del retraso en la ejecución) o los que debe tolerar el demandado en su esfera jurídica como consecuencia del lanzamiento (restricción de su libertad ambulatoria y de establecimiento, perturbación de su vida privada y familiar, etc.).

Diversos aspectos de la actividad procesal previa o coetánea tanto de las partes como del tribunal o de terceros deben ser valorados para apreciar la necesidad y proporcionalidad de la suspensión.

a) Falta de medios apropiados para vencer la resistencia del deudor, sea para el acceso al inmueble (como falta de asistencia de cerrajero o de los servicios competentes para retirada de animales peligrosos) o para el desalojo de ocupantes (como la asistencia policial o servicios de ambulancia para desplazamiento de los enfermos)<sup>266</sup>.

---

<sup>266</sup> En este sentido, SANTOS MARTÍNEZ, distingue que la falta de recursos sea «imputable al ejecutado», cuando se trata de circunstancias relacionadas con su situación o conducta y no previstas por la comisión («que éste [el ejecutado] o cualquiera de los ocupantes padezca enfermedad que

b) Falta de medios apropiados para acometer el desalojo sin vulnerar derechos fundamentales de los ocupantes (medios para determinar si la condición del enfermo cuyo estado no está acreditado en autos permite su traslado, medios para determinar la situación de menores y otras personas desvalidas y los efectos que sobre ellos puede tener el desalojo o para minimizar o contrarrestar dichos efectos una vez determinados —muy significativamente la falta de alojamiento alternativo—, etc.). La admisión del fracaso de la diligencia por lo que respecta a estos obstáculos requiere asumir que las medidas coercitivas directas no se pueden aplicar «sin consideración de ningún género» como establecían nuestros códigos procesales decimonónicos y que, en cambio, exigen acudir a los medios idóneos para que no resulten lesionados derechos fundamentales del propio demandado u ocupante. La relevancia de tal carencia de medios requiere, a su vez, tener en cuenta varias circunstancias que pueden matizarla:

#### b.1. Las condiciones personales y sociales que acompañan al lanzamiento

Para determinar si la situación creada por el desalojo debe ser asumida por el ocupante como una consecuencia propia de su responsabilidad o bien debe ser evitada por los poderes públicos en el contexto de un Estado social y democrático de Derecho, habrá de ponderarse adecuadamente tanto la suficiencia del plazo que de hecho o de derecho ha dispuesto el ocupante para ordenar su salida del inmueble (muy limitado en los casos de lanzamiento directo) como de los medios de que disponía para hacerlo sin detrimento grave de sus derechos fundamentales (recursos propios o puestos a su disposición por las Administraciones Públicas o por terceros). La suficiencia de medios materiales requiere, a su vez, una consideración circunstanciada que pondere tanto aquellos factores personales como sociales que dificultan la satisfacción

---

impida su traslado, que ofrezca resistencia y no pueda personarse la policía judicial en el mismo día de la entrega, que haya colocado barreras físicas que no puedan ser retiradas en el acto, etc.)) y las que considera como «causas de suspensión no imputables a las partes» que, a su vez, pueden imputarse al tribunal («si la Comisión Judicial no puede desplazarse o por enfermedad de sus miembros, si no se pudo llegar a efectuar las debidas notificaciones al ejecutado, o si no se pudo oficiar a los servicios municipales cuando se acordó que su presencia era necesaria») o a factores externos («inclemencias meteorológicas, problemas con los transportes, o acontecimientos excepcionales», entre otras) (Santos Martínez, Albert, M., *La ejecución del desahucio de vivienda*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 301 y nota 518).

de las necesidades habitacionales de los sujetos, sean aquellas circunstancias que incrementan tales necesidades sean aquellas que disminuyen los recursos disponibles para su satisfacción.

Entre los factores personales, relativos al ocupante podemos mencionar su situación económica (desempleo y carencia de otro tipo de rentas o bienes), sanitaria (enfermedad propia o de un miembro de la familia) social y familiar (existencia o inexistencia de hijos menores o de personas ancianas o enfermas a su cargo; existencia o inexistencia de familia extensa y redes sociales capaces de atender al sujeto y su familia). Entre los factores sociales pueden incluirse una situación especialmente grave del mercado de vivienda (sobre todo en alquiler), la insuficiencia de recursos por parte de las Administraciones Públicas (carencia de vacantes en albergues, residencias, hospitales, colegios o traslados de expediente de los hijos...).

b.2. La actividad procesal desplegada con carácter previo a la diligencia de lanzamiento: disponibilidad en el momento de la diligencia de recursos que minimicen sus consecuencias.

La lesión a los bienes jurídicos y derechos del ocupante puede ser minimizada si el tribunal ha movilizado, durante el plazo de garantía, los medios instrumentales adecuados. La utilización proactiva del plazo de garantía por parte del tribunal en los términos ya expuestos: obteniendo información de la situación real de los ocupantes, facilitando a éstos los recursos de que disponen las Administraciones Públicas para garantizar su salida del inmueble sin lesión de sus derechos fundamentales y favoreciendo con ello su colaboración, son aspectos a considerar para ponderar la consecuencia del lanzamiento sobre los sujetos desalojados. De este modo, llegado el momento de la diligencia de lanzamiento, el sujeto afectado puede disponer de los recursos que impidan o minimicen los aspectos más traumáticos del desalojo (los servicios sociales pueden haber establecido un programa de intervención poniendo en contacto al ocupante con los recursos de urgencia que requiere su nueva situación o atendiendo específicamente las necesidades de los sujetos más vulnerables —reservando plaza en residencias,

acogida temporal de menores por familiares o por administraciones, etc.—). Ante la alegación por el ocupante en el momento del lanzamiento de situaciones de riesgo para sus derechos fundamentales, la constancia de dicha actividad previa y de su resultado, debidamente documentada permitirá valorar el verdadero alcance de la situación de riesgo creada o incluso su carácter fraudulento (creado o mantenido de propio intento). Esta valoración será más precisa si durante el lanzamiento se hallan también presentes funcionarios competentes de las Administraciones Públicas que intervinieron en la fase precedente. Todas estas circunstancias pueden constar en las resoluciones que ordenan el lanzamiento, especificando aquellas situaciones que, por estar resueltas, no deben originar la interrupción de la diligencia (por ejemplo, la alegación de una enfermedad cuando ya el médico forense ha determinado su inexistencia o se dispone de una plaza hospitalaria a disposición del sujeto afectado; la ocupación por un tercero, constando ya en autos de manera cierta —tal vez por un desplazamiento previo de la comisión judicial en cumplimiento de una medida cautelar ex art. 700 LEC—, quienes ocupan realmente dicho inmueble) ni necesitan de una resolución expresa del tribunal (el propio decreto ordenando la diligencia y haciendo constar estas circunstancias puede ser suficiente en este sentido). En particular, debería hacerse constar en la resolución o resoluciones que ordenan la diligencia cuáles son los medios materiales que se han previsto para el momento del propio lanzamiento (reserva de plazas en albergues municipales, centros de acogida —en caso de menores, por ejemplo—, asistencia económica de urgencia por parte de los servicios sociales, etc.)<sup>267</sup>. Sin embargo, la idoneidad de tales medios para

---

<sup>267</sup> Art. L-412.3 del *Code des procédures civiles d'exécution* permite al juez retrasar el desalojo cuando la reubicación de los ocupantes no pueda tener lugar en condiciones normales; la duración de estas demoras no puede ser inferior a un mes ni superior a un año (art. L-412.4); para otorgar o denegar las prórrogas se tendrá en cuenta la voluntad del demandado para cumplir con sus obligaciones y la situación respectiva de propietario y ocupante en aspectos como la edad, estado de salud, la condición de herido en actos de guerra, la situación familiar y económica, las circunstancias atmosféricas y los esfuerzos que el ocupante demuestre haber realizado para su *realojo*. El *Code de la construction et de l'habitation* antes de su reforma por ordenanza num. 2011-1895 de 19 de diciembre de 2011 contemplaba prórrogas de hasta tres años (art. L-613-1).

En el ordenamiento portugués, el *Código de Processo Civil* establece la posibilidad de aplazamiento del lanzamiento sobre la base de circunstancias tasadas vinculadas a la protección de derechos fundamentales del ejecutado según criterios de proporcionalidad: 1. Las consecuencias negativas o gravosas del lanzamiento sobre el ejecutado, medidas en términos relativos, (respecto del



enervar las consecuencias del lanzamiento sobre derechos fundamentales del ocupante, depende de su existencia real y de su adaptación al caso concreto, lo que será muy difícil (pero no imposible, sobre todo si acompañan a la comisión judicial los funcionarios o profesionales que han de hacerse cargo de la situación creada) si no ha habido una intervención previa para determinar las necesidades ante las que la comisión puede encontrarse.

La presencia de las Administraciones competentes (y por ello especializadas) en la atención a las necesidades de los ciudadanos podrá resolver las situaciones inmediatas de necesidad y riesgo creadas por el propio acto de lanzamiento (disponibilidad del transporte adecuado a los sujetos más vulnerables, acompañamiento a los establecimientos de acogida, etc.), o, en su caso, constatar su carencia ante las necesidades reales constatadas con criterio profesional facilitando la adopción posterior de una resolución del tribunal al respecto (interrupción y suspensión de la diligencia). Ahora bien, la presencia de los profesionales adecuados en el propio acto de lanzamiento para realizar la valoración mencionada remite, nuevamente, al uso adecuado del plazo de garantía, pues solo una correcta preparación de la diligencia de lanzamiento permite disponer en el momento adecuado de la presencia de tales profesionales.

---

efecto de la inejecución en el ejecutante): «que la salida inmediata cause al ejecutado un daño mayor que el beneficio que con ello obtiene el ejecutante» (art. 930-C-a) —atendiendo así al principio de proporcionalidad en sentido estricto—; 2. Las consecuencias del lanzamiento sobre el ejecutado en términos absolutos (con independencia del efecto de la inejecución sobre el ejecutante): enfermedad grave con peligro para su vida (art. 930-B) —es decir, reflejando el principio de aplicación del derecho material en relación los derechos fundamentales—; 3. La capacidad económica del ejecutado (como fuente de recursos susceptibles de resolver su necesidad habitacional), insuficiencia que se presume si este es receptor del subsidio de desempleo o renta social de inserción: art. 930-C-b); 4. La capacidad física del ejecutado (igualmente entendida como fuente de recursos) medida como incapacidad acreditada superior al 60 % (art. 930-C-c). 5. Como factores a ponderar en todas las anteriores causas (orientando la discrecionalidad judicial), se valora si el ejecutado dispone de otra vivienda a la que pueda trasladarse, el número de personas que viven con él, su edad y estado de salud y, en general, la situación social y económica de las personas implicadas (art. 630-D.2). En este sentido, TARZIA, considera que la exigencia de duración razonable del proceso impone al legislador y al Gobierno, en primer lugar, una adecuada organización de personal (jueces y otros funcionarios de la oficina judicial) y de medios, y después, un adecuado mecanismo sancionador frente a quienes, con culpa por su parte, vulneren su deber de contribuir a la eficacia de la ejecución forzosa en un tiempo razonable (Tarzia, Giuseppe, «Il giusto processo di esecuzione», *Rivista di Diritto Processuale*, n.º2, abril 2002, pág. 350).

No hay que descartar la oposición del ocupante u ocupantes a aceptar la suficiencia e idoneidad de los recursos disponibles. Sin embargo, la ponderación razonada por el tribunal en las resoluciones que ordenan la diligencia (en su caso notificadas y no recurridas por las partes) entre las necesidades constatadas y los medios dispuestos para hacerles frente, ampara suficientemente a la Comisión judicial para proseguir con la misma sin interrumpirla para plantear al tribunal la posibilidad de su suspensión de oficio.

### b.3. La relevancia de la actitud de cooperación previa del ocupante

Debe admitirse que el sacrificio admisible que desde el punto de vista de sus derechos fundamentales debe soportar el ocupante será mayor si anteriormente ha dispuesto de una oportunidad de evitar las consecuencias más gravosas del lanzamiento y por su negligencia o mala fe no la ha aprovechado; es decir, en aquellos supuestos donde la situación que provoca el lanzamiento hubiera sido evitable con su cooperación. No puede desconocerse que la libertad de los sujetos en una sociedad democrática les permite tomar decisiones sobre su propio bienestar (incluidos sus derechos fundamentales, dentro de ciertos límites), debiendo soportar responsablemente las consecuencias (aun las más dañinas) de sus propios actos. Una situación objetivamente lesiva de un derecho fundamental puede ser consecuencia de una decisión voluntariamente adoptada<sup>268</sup>.

Tal ocurrirá cuando la diligencia de lanzamiento hubiera sido precedida de un plazo de garantía suficiente durante el cual el ejecutado no hubiera mostrado la mínima diligencia exigible, siquiera sea evidenciando ante el tribunal su

---

<sup>268</sup> La regulaciones del lanzamiento en Portugal y Francia valoran la buena o mala fe del ocupante para determinar la concesión o duración de los aplazamientos. En el caso de Portugal, el tribunal puede conceder (gozando para ello de amplia discrecionalidad) un aplazamiento del lanzamiento en los casos tasados en el art. 930-C del *Código de Processo Civil*; pero debe tener en cuenta, entre otros factores, las exigencias de la buena fe (puede considerarse entre ellas la manifestada objetivamente por tener el ejecutado otra vivienda a su disposición) (art. 930-D.2 del *Código de Processo Civil*). También en Francia se cuenta entre los factores a tener en cuenta para determinar la duración del aplazamiento, la buena o mala fe mostrada por el ocupante en el cumplimiento de sus obligaciones (y, como expresión de ella, las tentativas que el ocupante hubiera realizado previamente para encontrar otro alojamiento): El *Code des procédures civiles d'exécution* permite reducir o suprimir la prórroga ordinaria de dos meses otorgada al ocupante de vivienda en los desalojos de viviendas que se hayan ocupado por vía de hecho (art. L-412.1); asimismo, excluye estos supuestos de la tregua invernal (L-412.6).

incapacidad económica o de otro tipo para resolver su situación y reclamando la cooperación exigible a las Administraciones Públicas competentes<sup>269</sup>. La pasividad del ocupante se evidenciará de modo más claro y transparente si con carácter previo al lanzamiento (durante el plazo de garantía, por ejemplo) el Tribunal ha realizado actuaciones encaminadas a auxiliar al ejecutado facilitándole acceso a los recursos sociales disponibles y el auxilio por parte de las administraciones competentes y tales recursos han sido inmotivadamente rechazados o no se ha obtenido del ocupante la colaboración requerida por dichas Administraciones. Si, por ejemplo, una intervención preventiva de la administración sanitaria durante el plazo de garantía, ofreciendo un traslado debidamente planificado del enfermo a un establecimiento adecuado, ha sido rechazada por éste, es admisible que se realice dicho traslado durante la diligencia de lanzamiento incluso contra su voluntad y aun cuando ello suponga un incremento del riesgo para su salud respecto del deseable u óptimo: tal incremento de riesgo será consecuencia de su propia decisión o conducta.

De este modo, alegaciones de vulneración de derechos fundamentales durante la diligencia de lanzamiento pueden ser obviadas si consta en autos (y así lo recogen la resoluciones que ordenan la diligencia de lanzamiento) una previa conducta pasiva o negligente del demandado. La Comisión judicial debe tener conocimiento de que ciertas circunstancias que, en apariencia, afectan a derechos fundamentales del ocupante, han sido voluntariamente asumidas o deben ser aceptadas por tener su origen en decisiones libres que quien las padece. De otro modo, ante tales alegaciones o, incluso, la constatación de oficio por la comisión de situaciones de riesgo para los derechos fundamentales de los ocupantes, no resueltas y no imputables aparentemente al ejecutado, debe determinar la interrupción de la diligencia.

---

<sup>269</sup> Así lo estimó el TEDH en el caso *Marzari c. Italia* (decisión de inadmisión de 4 de mayo de 1999) al analizar si actuaron conforme al Convenio las autoridades locales que desalojaron al Sr. Marzari sin tener en cuenta su grave estado de salud. El Tribunal considera infundada la reclamación del demandante y decreta su inadmisión al destacar que las autoridades locales habrían cubierto las obligaciones positivas mencionadas en relación con el respeto al derecho a la vida privada del ocupante en cuanto trataron de evitar el desalojo durante mucho tiempo (entre el 30 de abril de 1993 y el 28 de enero de 1998, fecha en que iniciaron el procedimiento de desalojo); el Tribunal atribuyó relevancia para la inadmisión a la conducta del ocupante, destacando que éste nunca se mostró cooperativo ni usó de las oportunidades que se le ofrecían para evitar el desalojo (entre otras la oferta de un alojamiento alternativo y de las obras necesarias para hacerlo adecuado a su enfermedad).

De este modo, la imputación de la situación resultante del lanzamiento a decisiones deliberadas del ocupante, en cuanto puede afectar a sus derechos fundamentales, debería hacerse constar motivadamente, con alusión a aquellas circunstancias personales y sociales que hubieran hecho posible tal resolución. En caso contrario, la alegación del ocupante de no haber podido resolver durante el plazo de garantía su situación personal habitacional (o de otra índole: sanitaria, por ejemplo), ahora menoscabada definitivamente por el lanzamiento, por causas ajenas a su voluntad, deberá conducir a la suspensión, de modo que el tribunal pueda proceder a la adopción de medidas pertinentes.

No obstante, la falta de cooperación del ejecutado durante el plazo de garantía o incluso durante la diligencia de lanzamiento, si bien puede ser tenida en cuenta para consentir, desde el punto de vista de la proporcionalidad, un mayor grado de afectación a los derechos del ejecutado, no puede consentir nunca una minoración de tal magnitud tal que suponga una privación absoluta de sus derechos fundamentales (sacrificando su contenido esencial). Por otra parte, la protección a sujetos dependientes del ejecutado (fundamentalmente menores y otras personas desvalidas) no puede quedar mermada como consecuencia de la conducta dolosa o negligente del demandado pues, tal como señalamos, si bien tales sujetos dependientes vinculan su estado posesorio respecto al inmueble al del ejecutado (corriendo su misma suerte —posesoria—, cualquiera que ésta sea), no vinculan sus derechos fundamentales y personalísimos a los de aquél. Tal será el caso de situaciones médicas graves (enfermo clínicamente inestable, el enfermo terminal, la mujer en avanzado estado de gestación, el recién nacido...) que conviertan el propio traslado en un riesgo grave y en los que la mera salida del domicilio es atentatoria a la salud o dignidad; igualmente supuestos en que existan menores u otras personas vulnerables que puedan quedar expuestos a situaciones de riesgo físico o psíquico como consecuencia del desalojo atendidas las circunstancias en que éste se produce (extremado mal tiempo, por ejemplo, —que haga particularmente penoso el propio traslado—). No puede olvidarse que entre los componentes de la prohibición de desalojos forzosos como una de las garantías del derecho a la vivienda y otros derechos fundamentales diversos órganos de Naciones Unidas, se incluye expresamente la protección de los más débiles frente

a las consecuencias adversas del mismo<sup>270</sup>. Todo ello sin perjuicio de otras consecuencias jurídicas que la postura del demandado pueda traer aparejada en otros órdenes (por ejemplo, la dejación de funciones del progenitor renuente a aceptar la cooperación que le facilitan las Administraciones Públicas puede provocar con ello la declaración de desamparo del menor y la asunción de su tutela por las Administraciones Públicas).

#### b.4. Las condiciones objetivas en que se desarrolla el acto de lanzamiento<sup>271</sup>.

Sin perjuicio de la relevancia esencial que la actividad previa desplegada por el tribunal y por el propio ejecutado para subvenir las necesidades que la privación del inmueble puede suponer en la legitimidad de la diligencia de lanzamiento, existen determinadas circunstancias sobrevenidas que rodean al acto mismo y que no son susceptibles de modificar. Se trata de hechos que pueden tener origen natural (como el mal tiempo atmosférico o una catástrofe natural —lluvias torrenciales, inundación...—, una enfermedad sobrevenida, etc.) o social (como una huelga de transportes, por ejemplo) y que pueden ser previsibles o imprevisibles, pero en todo caso no son susceptibles de ser alteradas ni por la diligencia previa del ejecutado ni por la intervención de las administraciones.

---

<sup>270</sup> Para la OG n.º 7 (1997): «las mujeres, los niños, los jóvenes, los ancianos, los pueblos indígenas, las minorías étnicas y de otro tipo, así como otros individuos y grupos vulnerables, se ven afectados en medida desproporcionada por la práctica de los desalojos forzosos. En todos estos grupos las mujeres son particularmente vulnerables a causa de la discriminación [...], y de su particular vulnerabilidad a los actos de violencia y abuso sexual cuando se quedan sin hogar.[...]» (§ 10); según los Principios y Directrices (2007) elaborados por el Relator Especial para la Vivienda Adecuada: «Los Estados deben adoptar medidas para garantizar que las mujeres no sean objeto de violencia ni discriminación de género durante los desalojos, y que se protegen los derechos humanos de los niños» (cit., § 47).

<sup>271</sup> Durante la tramitación parlamentaria de la reforma de los procesos arrendaticios (Ley de 29 de octubre de 2009) y durante el debate en el Pleno del Senado, el senador GUILLOT MIRAVET, del Grupo parlamentario *Entesa Catalana de Progrés* realizó una intervención en tal sentido (pese a que las enmiendas presentadas por su partido no discurrían en la misma dirección): «Creo que también sería oportuno en una realidad como en la que estamos y en un tipo de ley como esta poder adoptar medidas como la que, por ejemplo, se ha aprobado en Francia. En la Francia de Sarkozy existe algo que se llama la tregua invernal, que prohíbe la ejecución de ningún desahucio desde el 1 de noviembre hasta el 16 de marzo. Aquí ni eso; aquí estamos tentados, motivados, a agilizar —insisto— una figura que realmente va a afectar, no por picaresca sino por condiciones económicas cada vez más difíciles, a los sectores más débiles, más frágiles de nuestra sociedad» (*Diario de Sesiones del Senado*, Pleno, n.º 57, de 21 de octubre de 2009, págs. 2703 y 2704).

Pudiendo ocasionar daños graves a los derechos fundamentales del ejecutado exigen pronunciamiento del tribunal, con la ordenación temporal y nueva programación, de ser necesaria, y señalamiento de la diligencia de lanzamiento.

c) Una causa particular de suspensión deriva de la exigencia de dar audiencia a aquellos terceros que ocupan el inmueble «distintos del ejecutado y de quienes con él compartan la utilización de aquél». Por exigencia derivada del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del ocupante se les debe permitir que acrediten su título de posesión y defiendan frente al ejecutante su mejor derecho a poseer (art. 704.2 LEC).

### *3.2.5. Consecuencias de la suspensión*

#### *a) Actuación del órgano jurisdiccional requerida por la suspensión*

Como hemos sostenido, la suspensión de la diligencia de lanzamiento no es equiparable a una suspensión de la ejecución. Se suspende una determinada secuencia de actos más o menos programada, pero no cesa por ello el conjunto de la actividad procesal. Tampoco puede concebirse la suspensión como una recuperación del plazo de garantía inicialmente otorgado (o una prórroga del mismo).

En primer lugar, el secretario ha de proceder conforme a lo prevenido en el art. 188.2 LEC (cuya aplicación analógica consideramos pertinente) según el cual «Toda suspensión que el Secretario judicial acuerde se hará saber en el mismo día o en el día hábil siguiente al Tribunal y se comunicará por el Secretario a las partes personadas y a quienes hubiesen sido citados judicialmente en calidad de testigos, peritos o en otra condición». En segundo lugar, al suponer la suspensión una dilación en la satisfacción específica, será posible acordar nuevas medidas cautelares al amparo del art. 700 LEC, por lo que consideramos de aplicación cuanto señalamos respecto a tales medidas al tratar la fase de preparación y evitación de la diligencia de lanzamiento<sup>272</sup>. En todo caso, el tribunal (a través del Secretario) debe dictar las resoluciones de ordenación correspondientes (decretos,

---

<sup>272</sup> Vid. supra, parte cuarta, capítulo segundo, § 3.3.

mandamientos, oficios y exhortos) para remover los obstáculos o deficiencias que ocasionaron la suspensión: convocatoria de aquellas administraciones y de funcionarios o profesionales que no fueron convocados o no pudieron asistir al anterior señalamiento y requerimiento para que lo hagan dotados de los medios adecuados para ello. El tribunal puede señalar una nueva fecha para practicar con unidad de acto en día y hora determinado, la diligencia de lanzamiento. Pero, en nuestra opinión, si ello es más procedente al desalojo, puede establecer en esta ocasión una pluralidad de actividades coercitivas y sustitutivas que en su conjunto permitan superar los obstáculos que dificultaron su realización aunque no todas ellas se desarrollen en un mismo momento. De este modo, las administraciones que se consideren competentes (y, por ello, especializadas) frente a las necesidades detectadas serán las que elaboren y ejecuten las medidas de intervención que consideren pertinentes correspondiendo al tribunal su aprobación y supervisión, en particular por lo que respecta al calendario de actuaciones que debe evitar todo desfallecimiento en la ejecución y minimizar las dilaciones. Corresponde, asimismo al tribunal articular la coerción que sea precisa (con auxilio, en su caso, de las fuerzas de seguridad). En este sentido, puede acordarse más de un desplazamiento al inmueble y no necesariamente realizarse la ejecución con unidad de acto.

*b) Consecuencias de la suspensión en los derechos del demandante*

La consecuencia más evidente de la suspensión es el retraso en obtención de la tutela efectiva a la que el demandante tiene derecho. Las circunstancias por las que tal retraso puede llegar a ser incluido en la categoría de las dilaciones indebidas, como forma de vulneración del derecho a la tutela, han sido analizadas por la jurisprudencia del TEDH en relación con el lanzamiento a consecuencia del desahucio arrendaticio urbano. Concluye este tribunal que tal resultado depende de varios factores entre los que se cuenta la diligencia mostrada por las autoridades estatales para evitar las dilaciones; la complejidad objetiva del caso, la responsabilidad del demandante (ejecutante) en la dilación y la responsabilidad del ejecutado ocupante en la misma<sup>273</sup>.

---

<sup>273</sup> Sobre todo ello, vid. supra, Capítulo 2 de la Parte tercera de este trabajo (págs. 514 y sigs.).

La presencia de derechos fundamentales amenazados por el lanzamiento puede considerarse una circunstancia de especial complejidad (sobre todo si se trata de hacer frente a situaciones extraordinarias e inesperadas) que, tal como ha señalado el TEDH, justificará un cierto grado de retraso o dilación, pero no de cualquier extensión, pues es responsabilidad de los Estados firmantes del CEDH construir sus sistemas jurídicos de forma que puedan atender todos los derechos fundamentales que éste ampara y un lanzamiento que se retrasa excesivamente para intentar dar protección a otros derechos amparados por el CEDH no deja por eso de vulnerar el derecho a un proceso sin dilaciones<sup>274</sup>. El transcurso del tiempo previsto objetiva y abstractamente por las leyes procesales para obtener la desposesión coactiva del inmueble (un mes prorrogable en el caso de vivienda habitual) es una carga que debe soportar el demandante pues nadie puede pretender la satisfacción instantánea por los poderes públicos de su derecho de tutela. Pero esta conclusión no es sostenible cuando se supera dicho módulo temporal. El plazo previsto por nuestra legislación procesal para la entrega posesoria debe considerarse el periodo que el propio Estado se ha dado a sí mismo para cumplir con su obligación de entrega. Todo retraso, imputable a la falta de medios al alcance de la Administración de Justicia y, en general, al alcance de los Poderes Públicos para hacer frente a la resistencia del demandado o para proceder a su desalojo sin vulnerar al tiempo sus derechos fundamentales, es imputable al propio Estado. Dicho de otro modo, las dilaciones que son resultado de las exigencias derivadas de un Estado de derecho que ampara los derechos humanos y aspira a realizar el Estado social y democrático de Derecho en que se desenvuelven no debe recaer sobre el patrimonio de algunos ciudadanos caprichosamente seleccionados por ser propietarios de inmuebles ocupados por las personas beneficiarias de la protección. La consecuencia de la suspensión para el ejecutante debe, por consiguiente, ser asumida por el propio Estado.

Aun cuando la vulneración del derecho a la tutela efectiva sea el resultado final de las resoluciones procesales de suspensión adoptadas por un tribunal, en la

---

<sup>274</sup> Los obstáculos predecibles (como las necesidades sanitarias o asistenciales de los sujetos desalojados) deberán ser contemplados por el sistema de ejecución y su carencia no podrá justificar las dilaciones (vid. SSTEDH de 26 de febrero de 2004, caso Cvijeti c. Croacia, §. 40 y de 22 de febrero de 2005, caso Novoseletskiy c. Ucrania, § 74). Vid. *supra*, parte tercera, capítulo segundo, *passim*.



medida en que tal retraso sea consecuencia de la incapacidad de las Administraciones Públicas para prestar la cooperación requerida por los tribunales en el desalojo de los ocupantes la imputación de responsabilidad por la dilación corresponderá también a dichas Administraciones<sup>275</sup>. Puede considerarse que el retraso en la ejecución ocasionado por la suspensión de la diligencia de lanzamiento por las razones expuestas genera un derecho del demandante a ser indemnizado por el funcionamiento anormal de la Administración de justicia así como por el funcionamiento anormal de las Administraciones públicas (arts. 139 y sigs. LRJ-PAC y 292 y sigs. LOPJ). Según el art. 140 LRJ-PAC (responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas), en supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, «la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación»

En esta línea, (aunque limitado a supuestos de desahucio) el denominado Fondo de ayuda para situaciones de alta vulnerabilidad social, cuya creación sugirió la Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en orden a una mayor agilidad de los desahucios por falta de pago, y de ayuda a situaciones de alta vulnerabilidad social, presentada en el Congreso el 1 de abril de 2008<sup>276</sup>, incluía entre sus funciones la de atender con especial urgencia «los supuestos en que, estando incursos en procesos de desahucio, no se disponga de recursos suficientes para satisfacer el pago de las rentas del alquiler». La exigencia, en la misma proposición que creaba el fondo, de abono de la rentas por

---

<sup>275</sup> En el ordenamiento portugués, el aplazamiento del desalojo de una vivienda derivado de causas no vinculadas a las dificultades económicas del ocupante-ejecutado (supuesto de causar el inmediato desalojo perjuicios superiores a los beneficios que con ello obtiene el ejecutante) conlleva la obligación de ofrecer caución por las rentas que han de vencer durante el periodo aplazado (art. 930-C.3.a del *Código de Processo Civil de Portugal*); en cambio, si el aplazamiento se debe a la carencia de recursos del ejecutado (por ejemplo perceptores de prestación de desempleo o renta social de inserción) es la Administración pública (*Fundo de Socorro Social do Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social*) la encargada de hacerse cargo de la renta y de los intereses de demora, subrogándose en los derechos de los ejecutantes (art. 930-C.3.b CPCP).

<sup>276</sup> Núm. de expediente en el Congreso 122/000010; publicada en el BOCG de 11 de abril de 2008 (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie B (proposiciones de ley), núm. 28-1, de 11 de abril de 2008).

el demandado para poder beneficiarse del plazo de garantía, revelaba la finalidad del fondo: cubrir el abono de las rentas generadas durante el plazo de garantía de modo que el arrendatario pudiera disfrutar, al menos, de dicho plazo<sup>277</sup>. Pero no se configuraba, pues, como instrumento general para compensar al demandante de cualquier retraso en la ejecución, sobre todo del posterior al plazo de garantía. Posteriormente, la ley 13/2009 en lugar del citado fondo contempla una serie de ayudas ya plenamente desvinculadas del proceso y ajenas, por tanto, a todo atisbo de responsabilidad del Estado<sup>278</sup>.

---

<sup>277</sup> «El Gobierno, en el plazo de seis meses de la aprobación de la presente Ley Orgánica, presentará ante las Cortes Generales un Proyecto de Ley por el que se cree el Fondo de ayudas destinadas a subvenir el impago de las rentas del alquiler de vivienda habitual para personas en situación de alta vulnerabilidad social y víctimas del acoso inmobiliario. Dicho proyecto de Ley deberá contemplar:

a) Los mecanismos para que el Fondo haga frente a las cantidades adeudadas, así como las necesarias para el pago de los periodos siguientes, cuando los beneficiarios se encuentren en situación de necesidad, así como la regulación de los requisitos y condicionamientos económicos y su acreditación para acceder a las ayudas. El Proyecto de Ley deberá contemplar la especial urgencia de los supuestos en que, estando incurso en procesos de desahucio, no se disponga de recursos suficientes para satisfacer el pago de las rentas del alquiler.

b) El sistema y requisitos de devolución de las cantidades anticipadas por el Fondo una vez que los beneficiarios superen la situación de necesidad que motivó la percepción de las ayudas.

c) La concesión de un crédito extraordinario para la dotación económica del Fondo en el presente período presupuestario.

Los Presupuestos Generales del Estado incluirán anualmente una partida económica destinada a la dotación del Fondo para dar efectivo cumplimiento a su cometido» (*ibidem*, págs. 9 y 10).

La enmienda núm. 73, de Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al proyecto de ley de 2008 propuso, nuevamente, la creación del «Fondo de ayudas destinadas a subvenir el impago de las rentas del alquiler de vivienda habitual para personas en situación de alta vulnerabilidad social y víctimas de acoso inmobiliario» en los mismos términos que en su anterior propuesta.

<sup>278</sup> «Disposición adicional única. Ayudas a inquilinos con alta vulnerabilidad social.— En las ayudas estatales para facilitar el acceso a la vivienda y su disfrute efectivo se prestará especial atención a las circunstancias de los inquilinos que se encuentren en situación de baja capacidad económica y alta vulnerabilidad social».

En el debate de la ponencia conjunta que está en la base del proyecto de ley, el Sr. Jané i Guasch (CiU) afirmaba, en apoyo del proyecto, que «el texto de hoy es el de la Cámara pero fruto de un acuerdo político y de un acuerdo parlamentario entre quienes hemos promovido ambas iniciativas» y, justificando el aspecto social de la norma, afirma: «al final, en el articulado de lo que será esta nueva ley quiero destacar que hay una disposición adicional única, ayudas a inquilinos con alta vulnerabilidad social, y se especifica que en las ayudas estatales para facilitar el acceso a la vivienda y su disfrute efectivo se prestará especial atención a las circunstancias de los inquilinos que se encuentren en situación de baja capacidad económica y alta vulnerabilidad social. Este era el objetivo, que en el articulado de la ley se precisara esta obligación de prestar una especial atención a las circunstancias de esos inquilinos, por ello es bueno que se haya reflejado así en el proyecto [...] Aquellas situaciones que requieran una intervención social de los poderes públicos no dudamos que deberán tener esa intervención de los poderes públicos, que para ello están [...] que el buen sentido común y la actuación sensata de las Administraciones Públicas evite esas situaciones de carencia total de techo» (DS.

#### **4. Ordenación de la diligencia de lanzamiento**

El decreto de concreción de medidas ejecutivas dictado por el Secretario, para establecer la actividad a desarrollar durante la diligencia de lanzamiento debe constituir el documento esencial para dirigir la actividad de la comisión del juzgado, especificando, con el mayor grado posible de precisión posible, dicha actividad a desarrollar, atendida la información disponible en el momento de dictarlo.

La ordenación de la actuación de la comisión durante la diligencia puede quedar definitivamente fijada en el decreto de ejecución dictado inmediatamente tras el despacho de ejecución (art. 551.3 LEC). Pero dicho decreto puede ser modificado, precisado o desarrollado por otros posteriores en función de la información recabada durante la fase de preparación y evitación de la diligencia de lanzamiento, es decir, durante el transcurso del plazo de garantía. En efecto, si el decreto de medidas ejecutivas dictado inmediatamente tras el auto despachando ejecución y conteniendo la orden general de ejecución ordena alguna medida de preparación o evitación de la diligencia (medidas de cooperación con el ejecutado, medidas de naturaleza informativa, medidas cautelares, etc., tal como hemos expuesto en el capítulo anterior) es posible que de ellas se derive información relevante para la práctica de la diligencia de lanzamiento (sobre la situación personal de los ocupantes, sobre la presencia de terceros en el inmueble, sobre las posibilidades y limitaciones de las Administraciones Públicas cuya colaboración se reclama...) que justifiquen una nueva ordenación de la diligencia. Los nuevos decretos que pueda adoptar el secretario judicial con el mismo contenido y función que el dictado inmediatamente tras el despacho (concretar los medios de ejecución que deben conducir a la satisfacción del demandado) debe quedar sometido al mismo régimen impugnatorio (art. 551.5 LEC).

El decreto (o decretos) de concreción de medidas ejecutivas que ordenan la diligencia de lanzamiento deben contener con el mayor grado de precisión posible la intervención de la comisión judicial teniendo en cuenta los datos de que

---

Congreso de los Diputados, Comisiones, núm. 327, de 25 de junio de 2009, págs. 7 a 8).

disponga el tribunal (lo que dependerá, como venimos insistiendo, de las medidas de preparación y evitación de la diligencia que se hubieran desarrollado con carácter previo). Este decreto autoriza la intervención de los distintos sujetos que deben participar en la diligencia (cerrajeros, policía, servicios sanitarios, servicios sociales, de menores, etc.) y determina el alcance de dicha intervención de modo que se evite la improvisación de la comisión judicial en este sentido, pues no debe olvidarse que todas las intervenciones que se producen en este momento afectan a la esfera jurídica personal del deudor y están regidas por el principio constitucional de proporcionalidad. En este sentido, corresponderá a la comisión judicial dirigir la intervención en la diligencia de lanzamiento de todas las personas ajenas al tribunal (incluida la policía y demás Administraciones públicas), determinando el momento de la intervención y el alcance de la misma y ordenando su interrupción si se aparta del margen autorizado por el decreto.

También a la comisión judicial corresponde decidir sobre la interrupción de la diligencia ante las circunstancias que hagan imposible material o jurídicamente (por su carácter lesivo para los derechos de los ocupantes o de terceros, por ejemplo) su continuación. Como hemos expuesto en el anterior apartado, el decreto que ordena la diligencia debería establecer con la mayor precisión posible, según la información específica disponible en cada caso, las razones específicas que autorizan a acordar tales interrupciones, destacando las razones que no deben suponer interrupción y estableciendo las consecuencias o efecto correspondiente a cada supuesto. De este modo, posibles causas de interrupción podrían ser la incomparecencia de personas citadas a la diligencia y cuya colaboración se considere esencial (no acude la policía habiendo resistencia al desalojo); aparición de dificultades materiales para acceder al inmueble —incluyendo la resistencia al acceso para la que no se hayan dispuesto medios adecuados—; la concurrencia inesperada de circunstancias del ambiente que puedan afectar el lanzamiento o a los sujetos desalojados (altercados laborales o sociales, empeoramiento repentino del tiempo atmosférico; la hora avanzada en que se consumaría el lanzamiento —por algún retraso, se hace de noche—, etc.); la presencia de terceros cuya posición en el lanzamiento todavía no haya sido determinada y que reclamen el desarrollo del incidente regulado en el art. 704.2 LEC; la apreciación por la

comisión de necesidades o situaciones vitales de los ocupantes no consideradas o resueltas durante la etapa previa (uno de los miembros de la familia cae enfermo o se desconocía su enfermedad; la comisión identifica un riesgo evidente de que la familia quede sin techo...). El decreto también debe precisar cuando no procede la interrupción. Por ejemplo, debe precisar que no procede la interrupción ante la presencia de terceros (aunque invoquen su condición de ocupantes y reclamen ante la comisión el desarrollo del incidente contemplado en el art. 704.2 LEC) estimando que su presencia en el inmueble no obedece a una verdadera posesión (cuyo mejor derecho pueda llegar a imponerse al del demandante conforme al art. 704.2 LEC) sino a una mera actitud de resistencia frente a la actuación judicial (siendo fraudulenta su invocación posesoria): esto puede ocurrir si el tribunal ha adoptado medidas cautelares previas<sup>279</sup> que le permitan conocer el verdadero estado posesorio al tiempo de la diligencia o si previamente ha desarrollado uno o varios incidentes de intervención conforme al art. 704.2 LEC; pero también si la entrada de los terceros se produce a la vista de la propia comisión judicial y en condiciones tales (en forma de algarada, por ejemplo) que permitan deducir su verdadera naturaleza. Tales extremos deberían ser determinados con cierta precisión por el secretario. El decreto que ordene la diligencia de lanzamiento puede también precisar que no procederá la interrupción de la diligencia por la existencia de concretas situaciones personales o vitales de los ocupantes si durante la fase de preparación de la diligencia ya fueron atendidas o si el ocupante rechazó los medios que se pusieron a su disposición (*vid. supra*); etc. Finalmente, el decreto debe concretar las consecuencias de la interrupción: si la interrupción se debe a circunstancias inmediatamente subsanables (como haberse prolongado hasta horas consideradas nocturnas o no haber comparecido el cerrajero) la consecuencia de la interrupción puede ser su reanudación en una nueva sesión a celebrar el día y hora que el propio decreto puede determinar (de este modo el decreto no solo señala una fecha sino, subsidiariamente, un calendario de actuaciones); pero si la causa motivadora de la interrupción requiriese la adopción de nuevas medidas de ejecución, la comisión remitirá a las partes (para la reanudación de la diligencia) al decreto de suspensión que necesariamente dictará el secretario.

---

<sup>279</sup> Vid. *supra*, capítulo segundo, § 3.3.

El decreto que ordena la diligencia de lanzamiento puede prever la interrupción de la diligencia ante la advertencia, por alguna de las partes, de su intención de impugnar por escrito (con base en el art. 562.1.3.º LEC) las actuaciones materiales de la comisión judicial que no tengan cobertura en el mismo decreto. Deberá, en tal caso, señalar el plazo que se otorga para presentar dicho escrito impugnatorio (podrá ser de cinco días aplicando analógicamente las normas sobre reposición y revisión) y las consecuencias de su falta de presentación que, normalmente, será la reanudación de la diligencia interrumpida en fecha y hora concretas —por ejemplo, en el sexto día hábil tras la interrupción, es decir, tan pronto haya transcurrido infructuosamente el plazo otorgado— que el propio decreto establece (calendario de actuaciones).

Como venimos diciendo, el decreto debe ordenar la diligencia de lanzamiento de forma singularizada para el caso concreto, refiriéndose a los sujetos y situaciones particulares y específicos del mismo, evitando toda estandarización y automatismo que le haga perder su función al servicio de la proporcionalidad de las medidas que se adoptan. No obstante, para lograr la homogeneidad de criterios y proporcionar, en cierta medida, normas supletorias para regir la actuación de la comisión judicial en caso de laguna los protocolos de actuación en el procedimiento elaborados por el Secretario Coordinador Provincial y aprobados por el Secretario de Gobierno (art. 8 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales), son el medio adecuado para establecer directrices al respecto, por cuanto en los citados protocolos, «respetando las competencias procesales de los jueces y tribunales» contendrán, «las normas de actuación necesarias para la estandarización de las tareas procesales» (letra c, párrafo 4.º del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales).

SANTOS MARTÍNEZ ha sostenido, por el contrario, la posibilidad de que la Comisión judicial adopte decisiones sin amparo en el decreto de medidas ejecutivas (autorizando la intervención de profesionales contratados por el ejecutante que no figuran en el decreto o mandamiento, de servicios sanitarios públicos en sustitución de los forenses inicialmente previstos en aquellas

resoluciones...<sup>280</sup>), aunque, al propio tiempo, se muestra consciente de los riesgos de esta solución afirmando que «supone otorgar a la Comisión Judicial una capacidad decisoria que se aparta de lo previsto inicialmente en el auto que despacha ejecución», y reconoce que las decisiones de la Comisión son, en muchas ocasiones «fruto de la improvisación, no se deciden por escrito, no pueden recurrirse»<sup>281</sup>, recomendando la presencia del Secretario Judicial, llegando a poner en duda la validez de lo resuelto sin su concurso.

Como hemos señalado, los actos de ordenación formal como exhortos, oficios, mandamientos y requerimientos pueden ser numerosos. En ellos debe fijarse la colaboración específica que se reclama de sus destinatarios, así como la fecha, hora y lugar en la que deberán comparecer para el desarrollo de la diligencia en la que deben intervenir para desarrollar lo dispuesto a su cargo en el decreto o decretos de concreción de medidas ejecutivas que ordenan la diligencia de lanzamiento.

## 5. Sujetos intervinientes en la diligencia y sus funciones

### 5.1. Funciones jurídicas o procesales

#### 5.1.1. Funciones a cargo del tribunal: la comisión del juzgado<sup>282</sup>

La diligencia de lanzamiento implica una actividad compleja que debe desarrollar un tribunal e incluye el ejercicio de potestades de ordenación, de constancia así como actividades materiales o estrictamente ejecutivas. Es la tradicionalmente

---

<sup>280</sup> *Ibidem*, págs. 247 y 259 a 261.

<sup>281</sup> *Ibidem*, pág. 298.

<sup>282</sup> La Comisión recibe su nombre del hecho de actuar una delegación o encomienda (una «comisión») del Juez, como con toda claridad se refleja en el auto de posesión judicial de que da cuenta Juan y Colom en su *Instrucción de escribanos, en orden a lo judicial*, (1736, primera edición, pág. 157), «En tal Ciudad, o Villa, tal día, mes, y año, el señor F. Corregidor, o Alcalde Mayor, habiendo visto estos Autos, dixo: que respecto de haversele otorgado por su Merced a F. venta judicial de la heredad, que fue propia de N. executado en estos autos, contenida en ellos, y que se remató en favor del susodicho, mando se le de a esta la posesion real de dicha heredad (estando el Juez ocupado, dirá el Auto) para lo qual daba, y dió comisión a qualquiera Alguacil Ordinario de este Juzgado; y fecho, se librará al referido F. testimonio en relacion de estos Autos, e inserción de las diligencias, que de ellos pidiere para título de dicha heredad; y lo firmo».

denominada comisión judicial o del juzgado el conjunto de funcionarios que desarrollan esta tarea imputable al tribunal. Estos funcionarios son, como regla general, funcionarios del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa y del Cuerpo de Auxilio Judicial. Excepcionalmente, pueden formar parte de la comisión judicial el secretario judicial (normalmente sustituyendo a los funcionarios de gestión) e, incluso, el propio juez.

A los funcionarios del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa atribuye la ley la función de «documentar los embargos, *lanzamientos* y demás actos cuya naturaleza lo requiera, con el carácter y representación que le atribuyan las leyes, salvo que el secretario judicial considere necesaria su intervención» (art. 476 c LEC). En este sentido, son los encargados de la documentación del lanzamiento<sup>283</sup> (lo que harán mediante «diligencia»: art. 146.1 LEC). La ley también atribuye a los funcionarios del Cuerpo de Gestión Procesal la función de «gestionar la tramitación de los procedimientos, de la que se dará cuenta al secretario judicial, *en particular cuando determinados aspectos exijan una interpretación de ley o de normas procesales*, sin perjuicio de informar al titular del órgano judicial cuando se fuera requerido para ello» (art. 476 a) LEC). La aptitud que se les reconoce para interpretar la norma procesal les permite realizar una cierta labor de ordenación en el curso del lanzamiento interpretando, especificando y acotando aquella actividad de la comisión que materialice, *in situ*, la voluntad expresada en el decreto de medidas ejecutivas. En este sentido a estos funcionarios les corresponde (de no estar presente el Juez o el Secretario) identificar las

---

<sup>283</sup> Según CANTÓ PRIMO «En la actualidad las diligencias de entrega de bienes inmuebles son llevadas a cabo por comisiones judiciales compuestas por un miembro del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, y un miembro del Cuerpo de Auxilio Procesal. Los primeros no tienen fe pública, ya que las habilitaciones han sido suprimidas por la DA Sexta de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, que ha modificado la Ley Orgánica del Poder Judicial. Aunque sí están facultados para documentar los lanzamientos (arts. 453, 476 c) y 478 b) LOPJ). Cabría preguntarse si sería necesaria o conveniente la presencia del Secretario Judicial o de Notario para dar fe de los desperfectos a que se refiere el art. 703.3 LEC» (Cantó Primo, Yolanda «Comentario al Capítulo X (Normas procesales.— Artículo 33) de la LAR», en AA. VV., *Comentarios a la LAR* (Ballarín coord.), pág. 670). Para DETORRES AGUILAR «[...] de la diligencia de lanzamiento extenderá el Secretario u Oficial Habilitado que asista a ésta, acta clara y precisa expresando si se llevó o no a efecto, o los motivos que lo hubiesen impedido, consignándose las circunstancias concurrentes. La diligencia debe extenderse en el mismo lugar del lanzamiento, firmándola todos los asistentes y en primer término el actor o su representante, a cuya instancia se ejecuta» (*ibidem*).



circunstancias determinantes de interrupción de la diligencia (sobre todo si así constan en el propio decreto de concreción ejecutiva) y, en consecuencia, determinar su efectiva interrupción.

Al funcionario del Cuerpo de Auxilio Judicial, la LOPJ le atribuye, «como agente de la autoridad, proceder a la *ejecución de embargos, lanzamientos* y demás actos cuya naturaleza lo requiera, con el carácter y representación que le atribuyan las leyes»; así como actuar «como Policía Judicial con el carácter de agente de la autoridad, [...]» (art. 478 b) y c), respectivamente, de la LOPJ). Como señalaba PRIETO-CASTRO (refiriéndose al agente judicial, precedente de los actuales funcionarios del Cuerpo de Auxilio) «[...] cuando procede a tomar medidas ejecutivas, es la jurisdicción en persona; es la sombra del juez, la fuerza coactiva del Estado»<sup>284</sup>. A ellos corresponderá (en los términos de las resoluciones que ordenen la diligencia y conforme a la interpretación que de ella pueda hacer el funcionario del Cuerpo de Gestión o, en caso de acudir, el propio juez o secretario) realizar las actividades materiales que el lanzamiento requiera y que no precisen de capacidades, conocimientos o técnicas específicas (policiales, médicas, profesionales...), mientras que en relación a estas últimas les corresponde dirigir y delimitar la intervención de tales profesionales especializados. En desarrollo de su función deben, por consiguiente, proceder a la identificación de las personas presentes en la diligencia (recabando los datos identificativos correspondientes, de modo que puedan constar en la documentación que elabora el funcionario del Cuerpo de Gestión), ofrecer a los ocupantes la información pertinente sobre la diligencia a realizar, sus derechos durante la misma y los medios que va a emplear la comisión para

---

<sup>284</sup> PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, «Correcciones al Derecho sobre ejecución forzosa de la Ley de Enjuiciamiento civil», RGLJ, segunda época, tomo XXIII, núm. 5 (1952), pág. 516. Se refiere al *agente judicial*, nombre que le daba la Ley de 8 de julio de 1947, reguladora del Secretariado y de estos subalternos; antes *agente judicial de la Administración de Justicia* (nomenclatura de la Ley de 1934); el nombre de agente se mantuvo hasta la reforma de la LOPJ de 2004; La importante labor de este funcionario en la diligencia de lanzamiento es señalada también por DE TORRES AGUILAR para quien «Importa mucho hacer resaltar el carácter oficial y de autoridad que el Agente Ejecutivo ostenta en la ejecución de la diligencia. Es el delegado de la autoridad judicial para un caso concreto y ejecuta, mediante obediencia debida, un mandato específico representado por el contenido de la providencia constitutiva de “mandamiento en forma”» (De Torres Aguilar, «Cuestiones prácticas sobre el lanzamiento», *Boletín de Justicia Municipal*, núm. 204 (año VI- 1950), págs 1333 y 1334).

acometer el lanzamiento; dirigir a los ocupantes del inmueble las ordenes de apertura, salida del inmueble y demás advertencias que sean pertinentes y en el orden pertinente; autorizar la intervención de los distintos profesionales convocados a la diligencia, tanto particulares como miembros de una Administración Pública, determinando su orden de participación en la diligencia y cuidando que no sobrepasen el marco de su intervención tal como está prevista en el decreto que ordena la diligencia de lanzamiento; también les corresponde ordenar la interrupción de la diligencia en caso de darse las circunstancias previstas en el decreto o en caso de imposibilidad anunciando, en su caso, la fecha y hora de la sesión en que debe continuar.

Hay que recordar que los funcionarios a los que se encomienda la realización material del lanzamiento, en lugar de los específicamente adscritos al juzgado competente para el lanzamiento (es decir, los funcionarios de la «unidad procesal de apoyo directo» del juzgado competente) pueden pertenecer a un servicio común procesal. La especialización de los servicios comunes (art. 438.3 LOPJ) permite que dispongan de personal y medios específicos, más adecuados a la función de ejecución que asumen. Según el protocolo marco de 2010, tales funcionarios pertenecerán al «servicio común de actos de comunicación y ejecutivos». Tales servicios, quedan sometidos funcionalmente al juez y al secretario competentes para la ejecución (art. 438.6 LOPJ); según el protocolo marco de 2010 el secretario competente al que alude la norma será el secretario director del «servicio común de ejecución» a quien corresponde emitir el decreto de concreción de medidas ejecutivas que rige la diligencia de lanzamiento. Sin perjuicio de su dependencia funcional, a estos funcionarios integrantes de la comisión judicial tienen autonomía desde un punto de vista orgánico, de modo que sus medios puedan estar al servicio de una pluralidad de órganos jurisdiccionales<sup>285</sup>; en este sentido, al secretario judicial director del servicio de actos de comunicación y ejecutivos

---

<sup>285</sup> Vid. nota 211. A nuestro juicio, la reforma de la LOPJ por ley 19/2003 desdibuja en cierto modo el vínculo orgánico entre los funcionarios de la «unidad procesal de apoyo directo» y el Tribunal en cuanto los adscribe a una entidad administrativa más amplia, la «Oficina judicial» en la que también se integran los funcionarios de los «servicios comunes procesales» que actúan, igual que aquellos, al servicio de los Juzgados y Tribunales.

corresponde dictar las resoluciones procesales (mandamientos, exhortos, oficios, requerimientos) que den cumplimiento al decreto de concreción de medidas emanado del secretario.

Como hemos señalado, el propio secretario judicial, si lo estima oportuno, podrá formar parte de la comisión judicial en cuyo caso asumirá las funciones de ordenación y de constancia que en ella corresponden al funcionario de gestión procesal. En el sentido expuesto, cuando el art. 476 c) LOPJ atribuye la documentación del lanzamiento al funcionario del Cuerpo de Gestión lo hace «[...] salvo que el secretario judicial considere necesaria su intervención». El secretario documentará la diligencia mediante acta (art. 176.1 LEC), dotada de plenitud de fe pública (art. 145.1.2.º LEC). En cuanto a la función en la ordenación de la diligencia al secretario presente corresponde interpretar el decreto de medidas ejecutivas que regula el lanzamiento. No necesariamente el secretario que forme parte de la comisión será el secretario autor del decreto de medidas ejecutivas, pudiendo ser el secretario del servicio de actos de comunicación y actos ejecutivos.

También se ha sugerido que el Juez podría avocar para sí la dirección de la citada comisión<sup>286</sup>. En este caso habrá que entender que el juez no sustituye al secretario judicial o al funcionario de gestión procesal, sino que se suma a ellos. Tras la reforma de la LEC mediante la Ley 13/2009 la presencia del Juez en la comisión parece tener ya poco sentido, pues cuando su intervención es imprescindible (por ejemplo, ante la presencia de ocupantes distintos del ejecutado y de quienes de él dependan: art. 704.2) no puede intervenir de plano (en el mismo curso de la diligencia: requiriéndose, la suspensión de la diligencia y el desarrollo del incidente declarativo regulado en el art. 675), y, en cambio, el resto de

---

<sup>286</sup> FRANCO ARIAS opina que «Aunque los Tribunales deben asumir un gran volumen de trabajo, lo que les obliga a racionalizar de la mejor manera posible sus medios, sería conveniente, dada la trascendencia del acto y problemas que pueden surgir, que el Juez y el Secretario asistieran a la diligencia de entrega de posesión {Aunque el art. 487 LOPJ [redacción original de 1985, hoy art. 478 LOP] atribuye a los Agentes Judiciales la ejecución de los lanzamientos, ello no impide la asistencia del Juez. Sería también conveniente que los Secretarios no delegaran sus funciones en otros funcionarios en estos actos}» (Franco Arias, Just, «problemática derivada de la posesión en la subasta judicial», *Justicia 98, Revista de Derecho Procesal*, 1998, I-II, pág. 33 y nota 25).

resoluciones propias de la diligencia (incluida la interrupción y suspensión de la diligencia) puede adoptarlas el secretario judicial o incluso los funcionarios de gestión y auxilio.

### 5.1.2. Abogados y procuradores

Afirmado el carácter preceptivo de asistencia letrada y representación técnica en el proceso de ejecución en general (art. 539.1 LEC) y en la fase de lanzamiento en particular (*vid. supra*, capítulo 2, § 5.1.1), hay que sostener que dicho carácter preceptivo se mantiene inalterado durante diligencia que nos ocupa. En este sentido, la intervención de abogado en el curso de la diligencia de lanzamiento está plenamente justificada para exigir el cumplimiento del decreto que la ordena y de las normas generales que la rigen así como para apreciar y advertir ante la comisión judicial de la posible inadecuación de la actuación ejecutiva en curso, solicitando la interrupción de la diligencia y advirtiendo de la intención de impugnar por escrito la actividad material en curso de realización (conforme a los arts. 562.1.3.º LEC y 567 LEC, según la interpretación expuesta *supra*, § 3). También en este trance corresponderá al abogado formular las pretensiones de constancia del estado del inmueble o de instalaciones o plantaciones a que alude el art. 703.2 LEC si no se hubiera formulado previamente. La presencia del procurador, tradicionalmente en representación del demandante, permitiría a éste tomar posesión del inmueble evitando su comparecencia personal. Su relevancia, sin embargo, puede apreciarse en caso de suspensión de la diligencia pues en tal caso deberán hacerse cargo de la notificación correspondientes a tal resolución.

En resumen, la presencia de abogado en la diligencia de lanzamiento está justificada por la función típica y propia de «asesoramiento y consejo jurídico» así como de «dirección y defensa» (función propia del abogado según el art. 542 LOPJ y el art. 6 del Estatuto General de la Abogacía) en el curso de una actuación procesal en la que pueden ser necesarios dichos conocimientos especializados.

### 5.1.3. Ministerio Fiscal.

Como afirmábamos en el capítulo precedente (*vid supra*, capítulo segundo, § 5.2), el art. 3 LEC atribuye al MF la función de intervenir en los procesos civiles «cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación». Por tanto, si existen indicios de una situación de desamparo de menores o incapaces, tal como definen los arts. 172.1 II y 239 III del CC, la defensa jurídica de los menores presentes durante la diligencia habrá de asumirla el Ministerio Fiscal con carácter provisional hasta tanto se haga cargo aquella «entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores» (art. 172.1 CC) o de los incapaces (art. 239. III CC)<sup>287</sup>(*vid.* art. 8.º de la LEC, arts. 299 y 299 bis del CC). Al MF corresponderá en este supuesto intervenir ante la comisión judicial solicitando un determinado curso de la diligencia y, en su caso, su interrupción e impugnación (art. 562.1.3.º y 567 LEC). Si la situación de desamparo de menores fuera apreciada por primera vez en el momento de realización de la diligencia de lanzamiento, ésta habrá de ser interrumpida por la comisión y suspendida por el secretario y dicha condición relativa a los menores notificada al Ministerio Fiscal y a las entidades públicas a las que corresponda la guarda de menores e incapaces (y de otras personas desvalidas) para que adopten las medidas oportunas, entre otras, la personación en el proceso de ejecución para actuar en defensa de los menores.

## 5.2. Funciones técnicas o especializadas

### 5.2.1. Fundamento

La actividad jurisdiccional de ejecución consiste en conductas y operaciones de transformación externa de la realidad para ajustarla a lo previsto por el título ejecutivo. En ocasiones, tales conductas y operaciones coinciden materialmente con las realizadas habitualmente por las Administraciones Públicas a través del

---

<sup>287</sup> Redacción dada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

desarrollo de un servicio público (policía para forzar la salida de los ocupantes que la resisten, servicios médicos para traslado del enfermo, servicios sociales para atender personas que quedan sin hogar, servicios especializados en atención de menores para atender las situaciones de necesidad que se derivan del desalojo...), o por sujetos privados en ejercicio de su profesión (cerrajeros, por ejemplo), quienes disponen de conocimientos y medios específicos y adecuados.

En el curso del lanzamiento de vivienda pueden producirse situaciones de gran complejidad personal y social en las que se vean envueltos derechos fundamentales del máximo rango (vida, salud, protección a la infancia y a la tercera edad, etc.) amparados por la vivienda de cuyo desalojo se trata. La intervención de personal especializado conocedor de las funciones estatales, los medios y técnicas apropiadas ante cada circunstancia puede ser imprescindible para alcanzar los fines de la ejecución forzosa que, en cuanto proceso al servicio de la jurisdicción, persigue otorgar una tutela efectiva del demandante sin vulnerar al tiempo derechos del demandado conforme a exigencias del principio de proporcionalidad.

Los profesionales especializados que mencionamos no forman parte de la oficina judicial, aunque en algún caso, pueden estar integrados en la Administración de Justicia. En este sentido, ya hemos hecho mención de las oficinas comunes de apoyo, como sub-unidades de las unidades administrativas en las que se pueden integrar funcionarios procedentes de otros sectores de la Administración Pública para prestar servicios a los tribunales. Del mismo modo, al margen de la oficina judicial pero al servicio de los tribunales hay que destacar a los médicos forenses integrados orgánicamente en Institutos de Medicina Legal. Las unidades orgánicas de policía judicial, si bien no se integran en la Administración de Justicia desempeñan igualmente su función de modo permanente al servicio de los tribunales.

En las distintas Administraciones Públicas sectoriales se sitúan funcionarios, recursos y programas que pueden ser necesarios para desarrollar el lanzamiento.

Su vínculo con la oficina judicial parece oportuno que se realice de manera institucionalizada, a través de las unidades administrativas y de acuerdo con protocolos de actuación en el procedimiento aprobados por los secretarios coordinadores provinciales y a través de las circulares e instrucciones emanadas de la Administración de Justicia. Sin embargo, en defecto de tal institucionalización hay que sostener la posibilidad de que el tribunal dirija igualmente oficios a los funcionarios competentes de cualquier Administración pública para que desarrollen, en el marco de las normas que regulan su función pública pero con subordinación al tribunal, las tareas que requiera el lanzamiento.

### 5.2.2. *Funcionarios integrados en la Administración de Justicia*

#### a) Médicos forenses<sup>288</sup>.

Durante la diligencia de lanzamiento pueden tener intervención estos funcionarios que forman un Cuerpo especial al servicio de la Administración de Justicia (art. 479 LOPJ). Su función en la diligencia de lanzamiento puede ser requerida por el tribunal para el desalojo de personas enfermas o físicamente vulnerables asegurando que su salida del inmueble se produce con garantías adecuadas para su integridad física (art. 15 CE) y para la protección de su salud (art. 43 CE). Su específica función en la diligencia se encuadra por consiguiente en su función de «vigilancia facultativa de los [...] lesionados o enfermos, que se hallaren bajo la jurisdicción»; así como la de «emitir informes y dictámenes médicos legales en el marco del proceso judicial» que tiene asignadas por el art. 479.2 LOPJ<sup>289</sup>.

---

<sup>288</sup> R.D. 296/1996, de 23 de febrero, Reglamento Orgánico del Cuerpo de Médicos Forenses

<sup>289</sup> Un ilustrativo relato de la intervención del forense nos ofrece TORRES AGUILAR: «En caso de enfermedad (real o aparente), caso muy frecuente en la práctica, habrá que distinguir según que el Médico forense asista o no a la diligencia. Si no acompaña a la Comisión (por no haberlo prevenido así el Juez, a instancia del actor) se suspenderá la diligencia, a menos que él, actor o representante procesal, bajo su responsabilidad y aportando los medios necesarios, solicite lo contrario. En otro caso deberá suspenderse la ejecución, con nuevo señalamiento que fijará el Juez, a instancia de parte. Por eso calificamos de viciosa la práctica de conceder al actor la facultad de determinar nueva fecha para el lanzamiento, y mucho más aun el consignarlo así en el acta, que deberá extenderse de la diligencia suspendida. Por ello, cuando el actor tenga fundadas sospechas de la existencia de personas enfermas, en el local objeto del desalojo, procede que advierta así al juzgado, en el escrito solicitando el lanzamiento. Si así lo hiciera el Juez

Plantea SANTOS MARTÍNEZ la posibilidad de sustituir a los médicos forenses por los servicios médicos municipales o autonómicos e incluso por médicos particulares contratados por la parte demandante. Constata esta práctica y justifica las razones que conducen a la misma cuando afirma que «razones prácticas y de urgencia pueden permitir que la comisión judicial solicite el auxilio de los servicios médicos municipales a fin de que un facultativo de guardia pudiera examinar al ocupante. Con ello se evitaría suspender, por incomparecencia del médico forense, la diligencia de entrega de la posesión al ejecutante»<sup>290</sup>, añadiendo que en este caso «no será necesaria la resolución previa del tribunal, sino que la Comisión del juzgado hará constar en el acta de la diligencia de entrega la necesidad, objeto e identidad del médico presente»<sup>291</sup>. Consideramos, no obstante, que la existencia de funcionarios de la Administración de Justicia, cualificados especialmente para realizar estas funciones —médicos forenses— hace necesario motivar de forma expresa y con relación a cada caso concreto, la razón que justifica recurrir a funcionarios pertenecientes a otras Administraciones Públicas o a particulares, la resolución correspondiente corresponderá, en todo caso, al secretario judicial mediante decreto y nunca a la comisión judicial.

Por otra parte, entendemos que la Comisión Judicial tampoco puede autorizar nunca la procedencia de un reconocimiento médico del ocupante sin una previa autorización del secretario judicial (acordada en el decreto estableciendo las medidas ejecutivas) motivando su necesidad para el caso y precisando el alcance de su intervención. Todo ello sin caer en meras fórmulas de estilo ajenas al caso concreto de que se trate. Lo contrario sería permitir que intromisiones graves en

---

proveerá lo oportuno y ordenará al Forense que se constituya con la Comisión judicial, en el lugar de la diligencia. En este supuesto (cuando el Médico forense asiste) se oirá previamente al facultativo, cuyo dictamen habrá de versar (previos los reconocimientos necesarios) sobre el diagnóstico de la presunta enfermedad y, singularmente, sobre el peligro inminente o grave para la vida, que el desalojo o expulsión pueda acarrear al enfermo. Si el informe facultativo fuese desfavorable, aunque lo pida el actor, la Comisión judicial deberá acordar la suspensión de la diligencia, dando cuenta seguidamente, esto es, en la primera audiencia hábil al Juez para que resuelva lo procedente». (de Torres Aguilar, Juan, «Cuestiones prácticas sobre el lanzamiento», *Boletín de Justicia Municipal*, núm. 204 (año VI- 1950), pág. 1333).

<sup>290</sup> SANTOS MARTÍNEZ, Albert M., *La ejecución del desahucio de vivienda*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 258.

<sup>291</sup> *Ibidem*, pág. 259.



la vida privada de las personas como son su intimidad y su salud se adopten en el curso de un proceso sin la ponderación adecuada. No obstante, en la resolución ordenatoria de la diligencia de lanzamiento se podría prever la intervención de dichos profesionales ante determinadas circunstancias hipotéticas, reservando a la comisión judicial (en particular al funcionario de gestión procesal) la facultad de valorar *prima facie* e *in situ* si concurre alguna de las circunstancias genéricamente previstas.

*b) Funcionarios integrados en oficinas comunes de apoyo*

El art. 473 LOPJ contempla la posibilidad de adscripción a la Administración de Justicia (aunque sin especificar la unidad a la que correspondería dicha adscripción ni la forma administrativa de la misma) de funcionarios de otras Administraciones Públicas para atender (de forma permanente u ocasional) tareas «que requieran conocimientos técnicos o especializados» de que no dispongan los Cuerpos de funcionarios de la Administración de Justicia (art. 473.1 LOPJ); así como de personal laboral para atender igualmente «el desempeño de determinadas actividades específicas o para la realización de actividades propias de oficios» (art. 473.2 LOPJ).

Las oficinas comunes de apoyo, integradas en las unidades administrativas (art. 439 LOPJ) parecen ser las unidades de destino apropiadas para este personal especializado. Las unidades administrativas pertenecen a la Administración de Justicia, pero no se integran en la oficina judicial. A ellas la LOPJ atribuye la función de «jefatura, ordenación y gestión» de los recursos humanos y medios materiales de la oficina judicial»<sup>292</sup> pero también la función de articular al servicio de los órganos jurisdiccionales los medios humanos y materiales que exijan el ejercicio de funciones distintas de las típicas de los Cuerpos (generales o especiales)

---

<sup>292</sup> En este sentido, MARTÍN CONTRERAS considera que las unidades administrativas «nada tienen que ver con la propia organización judicial, sino que están destinadas a prestar la intendencia de la Oficina judicial. [...] el precepto se refiere al ámbito administrativo de la Justicia, es decir, a lo que la STC 56/1990 denomina “administración de la Administración de Justicia” o lo que es lo mismo, al ámbito que les es propio al Ministerio de Justicia y a las CC. AA. que han asumido competencias» (Martín Contreras, Luís, «La implantación de la nueva oficina judicial», en *Diario La Ley*, año XXVII, número 6549, de 14 de septiembre de 2006, edición digital).

de la Administración de Justicia<sup>293</sup>. Su personal procede tanto de la Administración de Justicia como de la Administración estatal y autonómica (art. 439.3 LOPJ).

### 5.2.3. Funcionarios no integrados en la Administración de Justicia

#### a) Introducción

Pretender que la Administración de Justicia cuente con medios paralelos a los empleados por el conjunto de las Administraciones Públicas es ilusorio e innecesario. En este sentido, el Tribunal debe poder requerir la cooperación de los diferentes sectores de la Administración pública prestacional que tienen por función atender diferentes necesidades de los ciudadanos (art. 103 CE).

Las unidades administrativas, ya mencionadas, pueden actuar de intermediarias entre las Administraciones Públicas, que disponen en sus diferentes servicios de los recursos, funcionarios y estructuras especializadas que requieren ciertos actos de ejecución, en particular los de lanzamiento, y los órganos jurisdiccionales que no disponen de ellos en sus unidades procesales de apoyo directo, servicios comunes u oficinas de apoyo, pero deben tenerlos a su disposición cuando las circunstancias de la ejecución así lo requieran<sup>294</sup>.

La coordinación es el mecanismo por el cual las Administraciones Públicas correspondientes articulan sus servicios con las necesidades de la Administración de Justicia. Las actividades desarrolladas por los distintos servicios de las

---

<sup>293</sup> Tales Cuerpos son los que enumera el art. 470 LOPJ en el frontispicio del Título VI de dicha Ley («De los Cuerpos de Funcionarios al Servicio de la Administración de Justicia y de otro personal») y son los Cuerpos de Gestión Procesal y Administrativa, de Tramitación Procesal y Administrativa, y de Auxilio Judicial, como «Cuerpos Generales» y de los Cuerpos de Médicos Forenses, de Facultativos del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, de Técnicos Especialistas del INTCF y de Ayudantes de Laboratorio del INTCF, como «Cuerpos Especiales».

<sup>294</sup> En este sentido, el apartado 2.4 de la Instrucción 2/2001, de 9 de mayo, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, sobre «Protocolo de servicios para la coordinación, conexión e interrelación entre los juzgados y tribunales y los servicios comunes de actos de comunicación y ejecución» (BOE núm. 123, de 23 de mayo de 2001), establece que «Corresponde a los servicios comunes de actos de comunicación y de ejecución llevar a cabo todas las actuaciones necesarias para la práctica de las diligencias que se les encomienden, de acuerdo con lo indicado por el órgano judicial ordenante. A tales efectos, los responsables de cada servicio deberán mantener comunicación con aquellas entidades u organismos que puedan facilitar lo acordado por los órganos judiciales».

Administraciones Públicas pasan a ser, en cierto modo, actividad jurisdiccional cuando se desarrollan bajo la dirección de los Tribunales y en el marco de un proceso a cuyas potestades sirven (y en el marco de cuyas resoluciones debe desplegarse), pero, al propio tiempo, mantienen su naturaleza administrativa al constituir su ejercicio realización de potestades administrativas específicas, desarrolladas con medios y personal propios y con respeto a las normas administrativas correspondientes.

#### *b) Policía Judicial*

Una forma habitual de cooperación es la que presta la policía judicial. Su función en el lanzamiento ha sido tradicionalmente la de cooperar en la realización de las tareas coercitivas por ella exigidas, pues, si bien es cierto que a los agentes judiciales corresponde actuar «como Policía Judicial con el carácter de agente de la autoridad» (art. 478. c) LOPJ), no tienen ni los medios ni la preparación técnica para aquellas situaciones en que las sea preciso el uso de la *vis compulsiva* (o para resistir y contrarrestar la misma).

Según el art. 126 CE «La policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la Ley establezca», lo que parece restringir su labor procesal a la vinculada con instrucción penal y no contemplar otras funciones al servicio de los tribunales (como el auxilio en los lanzamientos). La anterior función restrictiva de la función policía judicial parecería haber sido ratificada por el art. 547 LOPJ según el cual «La función de la Policía Judicial comprende el auxilio a los juzgados y tribunales y al Ministerio Fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes. Esta función competará, cuando fueren requeridos para prestarla, a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto si dependen del Gobierno central como de las comunidades autónomas o de los entes locales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias»; Como puede comprobarse de la segunda oración del artículo citado, a la concepción genérica de Policía judicial desde un punto de vista

orgánico (integrado todos los por miembros de todas las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado) se corresponde una noción restrictiva de la función de «Policía Judicial»: las funciones en las que pueden participar todos los funcionarios de policía son sólo las funciones vinculadas a la instrucción penal<sup>295</sup>. Sin embargo, los arts. 548 y 549 LOPJ contemplan otra noción de policía judicial: aquella que, desde un punto de vista orgánico, puede calificarse de específica, pues queda limitada a ciertas unidades especializadas o «Unidades de Policía Judicial»<sup>296</sup>. A esta noción estricta desde el punto de vista orgánico corresponde, paradójicamente<sup>297</sup>, una ampliación de funciones desde el punto de vista procesal pues a tales unidades atribuye la LOPJ, además las actuaciones vinculadas a la instrucción penal, otras funciones procesales: «[...] auxilio a la autoridad judicial y fiscal en cuantas actuaciones deba realizar fuera de su sede y requieran la presencia policial. [...] realización material de las actuaciones que exijan el ejercicio de la coerción y ordenare la autoridad judicial o fiscal [...] La garantía del cumplimiento de las órdenes y resoluciones de la autoridad judicial o fiscal. [...] Cualesquiera otras de la misma naturaleza en que sea necesaria su cooperación o auxilio y lo ordenare la autoridad judicial o fiscal» (art. 549.1 LOPJ)<sup>298</sup>. En este sentido, sólo a funcionarios de las Unidades de Policía Judicial

---

<sup>295</sup> No obstante, la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en su artículo art. 11, apartado a) señala como misión de las mismas «velar por el cumplimiento de las Leyes y disposiciones generales, ejecutando las órdenes que reciban de las autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias» lo que posibilita que cualesquiera actuaciones judiciales que requieran de las competencias y potestades específicas de la policía, fundamentalmente el ejercicio de la coerción requerida por el proceso, pueda ser encomendada a funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no integrados en Unidades de Policía Judicial. Por otra parte, el art. 29.2 de la ley citada reconoce que policías ajenos a las unidades orgánicas participen en el desarrollo de sus funciones con carácter de colaboradores.

<sup>296</sup> Unidades cuya composición se restringe a miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (art. 29.1 LO de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad); atribuyéndose, sin embargo, a los miembros de las Policías Autonómicas y Locales una función de «colaboración» con la actuación de dichas Unidades (art. 29.2)

<sup>297</sup> La contradicción, en efecto, es sólo aparente, pues la policía judicial en sentido genérico ya desarrolla, además de las mencionadas, numerosas funciones en garantía de los derechos fundamentales y de protección la seguridad ciudadana (art. 104 CE; funciones detalladas en los arts. 11 y 12 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad) que no asumen los funcionarios integrados en las Unidades de Policía Judicial (como especifica el art. 549.2 LOPJ según el cual «En ningún caso podrán encomendarse a los miembros de dichas unidades la práctica de actuaciones que no sean las propias de la Policía Judicial o las derivadas de las mismas»).

<sup>298</sup> Para MORAL MORO, la limitación de la Policía Judicial a funciones de orden penal aparece ya corregida en la LOPJ en cuanto en el art. 445 se atribuye a la policía judicial la función de «auxilio

debería encomendarse el ejercicio de la coerción en el desarrollo de la diligencia de lanzamiento. El amparo constitucional a estas funciones no estaría en el art. 126 CE sino en el propio art. 118 CE según el cual «Es obligado [...] prestar la colaboración requerida [por los Jueces y Tribunales], [...] en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto» lo cual, como especifica el art. 17.1 LOPJ «Todas las [...] entidades públicas [...] están obligadas a prestar, en la forma que la Ley establezca, la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, [...]».

Los funcionarios de la Policía Judicial dependen orgánicamente de sus superiores jerárquicos. Esto es cierto tanto si se trata de Policía Judicial genérica como de Unidades de Policía Judicial (art. 31 LOFCS), incluso cuando estas últimas desempeñen sus funciones de modo permanente y exclusivo al servicio de Juzgados o Tribunales determinados (Unidades de Policía Judicial adscritas: art. 30.2 LOFCS). No obstante, pese a la vinculación orgánica, funcionalmente la policía, cuando interviene en el proceso, siempre depende de los jueces y de los tribunales y el Ministerio Fiscal como insistentemente especifican las normas tanto si se trata de policía judicial genérica (art. 126 CE, 550.1 LOPJ) como específica (arts. 548, 549 LOPJ, art. 31.1 LOFCS). La dependencia funcional supone que su actuación se desarrolla para cumplir las funciones que les encomienden jueces y, en este sentido, su labor en el lanzamiento se desarrolla a presencia y bajo la dirección de la comisión judicial en lo que respecta al momento de la diligencia en que deben intervenir y el alcance de su intervención: de no actuar con esta sumisión (adoptando la policía las decisiones ante las diversas eventualidades y circunstancias del desalojo) se estaría vulnerando el derecho al proceso debido y el principio de exclusividad de la jurisdicción<sup>299</sup>. Con toda claridad lo expresa el

---

a la autoridad judicial y fiscal en cuantas actuaciones deba realizar fuera de su sede y requieran de la presencia policial; la realización material de actuaciones que exijan el ejercicio de la coerción y ordenare la autoridad judicial y fiscal; cualesquiera otras de la misma naturaleza en que sea necesaria su cooperación o auxilio y lo ordenare la autoridad judicial o fiscal» de lo que deduce la autora que «[...] si bien el ámbito natural de actuación de la policía judicial es el penal, no es exclusivo, pudiendo actuar también en el proceso civil y especialmente en la ejecución» (pág. 133 y nota 84).

<sup>299</sup> En este sentido, MORAL MORO, considera que la introducción en la Administración de Justicia de órganos administrativos no jurisdiccionales siguiendo el modelo de algunos países europeos iría en contra de la Constitución y la LOPJ, además de atentar contra nuestra tradición histórica (Moral Moro, María José, *La subasta judicial de bienes inmuebles*, J.M.<sup>a</sup> Bosch, Editor, Barcelona, 2000, págs. 116

art. 31.2 LOFCS: «en diligencias o actuaciones que lleven a cabo, por encargo y bajo la supervisión de los jueces, tribunales o fiscales competentes de lo penal, los funcionarios integrantes de las Unidades de Policía Judicial tendrán el carácter de comisionados de dichos jueces, tribunales y fiscales [...]». El art. 32.2 LOFCS, aunque expresamente referido a las diligencias de instrucción penal precisa entre los términos de subordinación de los funcionarios de Policía Judicial a los jueces y tribunales, quienes «Les darán las órdenes e instrucciones que sean necesarias [...] determinarán, en dichas órdenes o instrucciones, el contenido y circunstancias de las actuaciones que interesen a dichas Unidades [...] controlarán la ejecución de tales actuaciones, en cuanto a la forma y los resultados».

No obsta a la subordinación expuesta el hecho de que la intervención de la policía en el proceso se produzca mediante la denominada *coordinación* administrativa, ni que se considere a la policía judicial entre las instituciones que *cooperan* con la Administración de Justicia (rúbrica del libro VI de la LOPJ). Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (y otras Administraciones Públicas) cooperan con la Administración de Justicia, precisamente, sometiendo a los fines y resoluciones de aquélla el desempeño de sus funciones propias. Por ello, pese a que en el desarrollo de su función las fuerzas y cuerpos de seguridad pueden «[...] requerir el auxilio necesario de las autoridades y, en su caso, de los particulares» (art. 31.2 i.f. LOFCS) en el curso de la diligencia de lanzamiento sólo a la comisión judicial corresponde ordenar la actividad y, por tanto, autorizar y secuenciar la participación de otros profesionales intervinientes en la diligencia (médicos

---

y 117). Sin embargo, la Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en orden a una mayor agilidad de los desahucios por falta de pago, y de ayuda a situaciones de alta vulnerabilidad social (Proposición 122/000010, presentada en el Congreso el 1 de abril de 2008 por el Grupo Parlamentario Catalán CiU) (reproduciendo en esto una anterior «Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», proposición de Ley 622/000048, presentada en el Senado en la VIII legislatura y fenecida al terminar la misma: vid. supra Capítulo I, apartado IV), pretende modificar la LEC en orden a una mayor agilidad de los desahucios por falta de pago, y buscando «[...] la máxima agilidad en los procesos de desahucio por falta de pago» pretende permitir que «[...] la policía judicial pueda, por delegación expresa del Juez civil, realizar directa y materialmente las actuaciones de lanzamiento de finca urbana o rústica, y que en principio correspondería a los órganos competentes de la oficina judicial, con la idea de liberarlos de esta labor [...]». Sin embargo, afortunadamente, esta previsión en la Exposición de Motivos no se concreta en la reforma del articulado de la LEC.

forenses de la Administración de Justicia, funcionarios de otras Administraciones Públicas así como de particulares) sin que los funcionarios de policía puedan hacer uso de su autoridad frente a la potestad jurisdiccional que ejercita la comisión. Dicho de otro modo, la policía judicial no debe dirigir la diligencia. La dirección por la comisión judicial de la actuación policial durante el lanzamiento no impide que los funcionarios de policía deban actuar (y en esto no caben intromisiones de la comisión judicial) de acuerdo con la *lex artis* que les es propia.

Toda la actuación policial durante la diligencia de lanzamiento será reflejada debidamente a través de la actividad de constancia del funcionario del Cuerpo de Gestión procesal (o el acta del Secretario judicial si concurre a la diligencia).

Hay que recordar que la tendencia a una ejecución desprocesalizada y de corte administrativo (analizada en otra parte de este trabajo)<sup>300</sup> ha llegado a propugnar una delegación plena de la actividad ejecutiva en la policía judicial. En las proposiciones de ley presentadas por CiU de forma insistente durante los años 2006, 2007 y 2008 para la reforma de los juicios de desahucio y el consiguiente lanzamiento, se repitió sistemáticamente una propuesta que pretendía aumentar las potestades de la policía judicial. Aspiraba tal reforma modificar las competencias que se le atribuyen a la policía judicial en LOPJ (arts. 547 y 549 LOPJ<sup>301</sup>) para permitirle la realización, por sí sola, de los desalojos. Es cierto que los términos literales de la reforma propuesta se quedaban más cortos que sus intenciones y que, aun de haberse aprobado, no

---

<sup>300</sup> Vid. supra, parte primera, capítulo tercero.

<sup>301</sup> La propuesta consistía en añadir un segundo párrafo al art. 547 LOPJ: «Excepcionalmente se comprenderán las funciones de ejecución forzosa de resoluciones dentro del orden de la jurisdicción civil, que no tengan carácter dinerario, ordenadas por la Autoridad Judicial competente» y un apartado f) al art. 549 de la LOPJ por el cual corresponde a la policía judicial «la realización material de las actuaciones de lanzamiento de finca urbana o rústica o desalojo de domicilio, ordenado por el Juez o autoridad competente» (vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie B (proposiciones de ley), núm. 245-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 5; Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, Serie III-A (proposiciones de ley del Senado), número 50 a), de 1 de febrero de 2007, pág. 5, y Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie B (proposiciones de ley), núm. 28-1, de 11 de abril de 2008, pág. 5).

hubiera podido alcanzar su objetivo declarado. Literalmente la propuesta se limitaba a atribuir a la Policía judicial una función que, de hecho, ya realiza actualmente (cooperar con la comisión judicial en la realización de los actos materiales del lanzamiento que requieran conocimientos y técnicas policiales específicas). La finalidad perseguida, en cambio, manifestada paladinamente en la exposición de motivos que acompañaba a la proposición de ley, era permitir que «[...] la policía judicial pueda, por delegación expresa del Juez civil, realizar directa y materialmente las actuaciones de lanzamiento de finca urbana o rústica, y que en principio correspondería a los órganos competentes de la oficina judicial, con la idea de liberarlos de esta labor [...]»<sup>302</sup>

---

<sup>302</sup> *Ibidem*, págs. 2 y 3. En la toma en consideración de la proposición de 2008 el diputado que defendía la proposición (Sr. Macías i Arau) afirmaba que dicha propuesta: «en la línea de buscar la máxima agilidad en los procesos de desahucio por falta de pago, se propone modificar la Ley Orgánica del Poder Judicial para que, con carácter excepcional, la Policía Judicial pueda realizar directa y materialmente las actuaciones de lanzamiento de finca urbana o rústica que, como ustedes saben, correspondería en principio a los órganos competentes de la oficina judicial» (DS. Congreso de los Diputados Núm. 45 de 18/11/2008, pág. 14).

La enmienda núm. 3 del GP Popular en el Congreso durante la tramitación de la proposición de 2009 proponía suprimir esta norma argumentando que: «Con independencia de la valoración que pueda merecer distraer recursos propios del Ministerio del Interior para labores concernientes a la Administración de Justicia, lo cierto es que tal atribución desmerece al personal al servicio de ésta, promovándose la iniciativa en un momento inadecuado, pues está aun pendiente de implantación y desarrollo el nuevo modelo de oficina judicial que introdujo la Ley Orgánica 19/2003. Es precisamente dentro de este marco donde se debería potenciar la acción de servicios comunes especializados en este tipo de actuaciones, dotándoles de los medios adecuados y coordinando su actuación—cuando fuese preciso—con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Recuérdese además, que según el artículo 478 de la Ley Orgánica del Poder Judicial los integrantes del Cuerpo de auxilio judicial tienen la condición de “agentes de la autoridad” en la ejecución de los lanzamientos. El desacierto de la proposición se advierte más si ponemos en relación esta hipotética actuación con lo previsto en el artículo 703 de la LEC, abriéndose el interrogante de cómo se acreditará entonces la reivindicación de cosas no separables, y muy especialmente la existencia de desperfectos en el inmueble originados por el ejecutado o los ocupantes, máxime cuando en este caso es posible acordar la retención y constitución en depósito de bienes suficientes del posible responsable para responder de los daños y perjuicios causados. Es precisamente la competencia del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa documentar lanzamientos [artículo 476 c], siendo la razón de ser de tal función la de permitir obtener la debida constancia de las circunstancias indicadas (los desperfectos, la existencia de bienes reivindicables) en aras a su posterior reclamación. Por último, la utilización del término “excepcionalmente” generará numerosas dudas interpretativas a la hora de determinar cuándo se podrá acudir a este tipo de auxilio y cuando no, siendo habitual a fecha de hoy que el órgano judicial oficie a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para que de que acuda e intervengan en lanzamientos que se presumen conflictivos, bien por venir precedidos de suspensiones previas, bien por la más que previsible actitud de sus ocupantes» (BOCG-Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 28-10, de 18 de marzo de 2009, pág. 3).



*c) Funcionarios procedentes de otros sectores de la Administración*

Corresponde a las unidades administrativas gestionar la disponibilidad por los tribunales de los servicios y profesionales correspondientes a otras Administraciones estableciendo los cauces institucionales para ello. Como antes señalamos, tales unidades administrativas (art. 439 LOPJ) —integradas en el Ministerio de Justicia o en las Consejerías de Justicia en Comunidades Autónomas con competencias transferidas<sup>303</sup>— parecen ser los órganos idóneos a través de las cuales se deben establecer dichos cauces institucionales con otros sectores de la Administración lo que, en su caso, requerirá el establecimiento de las oportunas relaciones interadministrativas contempladas, por ejemplo, en los arts 4 y sigs. de la LRJ-PAC<sup>304</sup>, normas concordantes de las Comunidades Autónomas, así como en la Legislación Básica de Régimen Local.

En todo caso, su participación en la diligencia de lanzamiento no diferirá mucho, en sus términos generales de la descrita para la policía judicial: dependencia orgánica de sus superiores pero funcional del tribunal y desempeño de su tarea con subordinación a la comisión judicial aunque según los medios y técnicas propios de su especialización. En particular y con relación a los servicios sociales, SANTOS MARTÍNEZ ha propuesto la creación de un órgano administrativo «capaz de centralizar todas las comunicaciones que efectúen los tribunales

---

<sup>303</sup> Según el art. 439.2 LOPJ «Corresponde a cada Administración en su propio ámbito territorial, el diseño, la creación y organización de las Unidades Administrativas necesarias y de las oficinas comunes de apoyo, la determinación de su forma de integración en la Administración pública de que se trate, su ámbito de actuación, dependencia jerárquica, establecimiento de los puestos de trabajo, así como la dotación de los créditos necesarios para su puesta en marcha y funcionamiento».

<sup>304</sup> Según el art. 4.2 de la Ley de Régimen Jurídico «La asistencia y cooperación requerida sólo podrá negarse cuando el ente del que se solicita no esté facultado para prestarla, no disponga de medios suficientes para ello o cuando, de hacerlo, causara un perjuicio grave a los intereses cuya tutela tiene encomendada o al cumplimiento de sus propias funciones. La negativa a prestar la asistencia se comunicará motivadamente a la Administración solicitante» y según el párrafo segundo del art. 4.5 «Cuando estas relaciones, en virtud del principio de cooperación, tengan como finalidad la toma de decisiones conjuntas que permitan, en aquellos asuntos que afecten a competencias compartidas o exijan articular una actividad común entre ambas Administraciones, una actividad más eficaz de los mismos, se ajustarán a los instrumentos y procedimientos de cooperación a que se refieren los artículos siguientes». Los instrumentos y procedimientos a que se refiere la última frase del artículo citado son: Conferencias Sectoriales y otros órganos de cooperación (art. 5), Convenios de Colaboración (art. 6), Planes y programas conjuntos (art. 7).

—preferentemente de carácter autonómico—, y a partir de aquí canaliza las peticiones a la unidad o departamento local competente»<sup>305</sup>.

Sin embargo, para el autor citado en el párrafo anterior, la intervención de las Administraciones Públicas puede tener lugar de oficio, en ejercicio de sus propias potestades; admite, en efecto, «que los organismos públicos puedan presentarse de oficio, sin necesidad de que lo solicite la parte o el tribunal», en cuyo caso «el fundamento de la participación de estos organismos no tendría su origen en el deber de colaboración con la Administración de Justicia, sino en el efectivo ejercicio de las competencias que legalmente tienen atribuidas estas entidades»<sup>306</sup>. Entendemos, en cambio, que si bien la intervención de las Administraciones Públicas en ejercicio de sus potestades propias puede discurrir en paralelo a la actividad jurisdiccional de ejecución, de ningún modo puede ser contradictoria con ésta, a riesgo de vulnerar la obligación de prestar colaboración (que incluye la de no entorpecer o menoscabar) en ejecución de lo resuelto (art. 118 CE) y que afecta a todas las autoridades como especifica el art. 17 LOPJ. En todo caso, dos actuaciones contradictorias en relación con el desalojo podrían dar lugar a un conflicto de jurisdicción entre los Tribunales y la Administración a resolver según los términos del art. 38 LOPJ y la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales (es decir, a resolver por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción) cuyo artículo 7 señala que «No podrán plantearse conflictos de jurisdicción a los Juzgados y Tribunales en los asuntos judiciales resueltos por auto o sentencia firmes o pendientes solo de recurso de casación o de revisión, salvo cuando el conflicto nazca o se plantee con motivo de la ejecución de aquéllos o afecte a facultades de la Administración que hayan de ejercitarse en trámite de ejecución». Cuestión distinta es que la intervención de las Administraciones Públicas especializadas deba producirse, aun con

---

<sup>305</sup> *Ibidem*, pág. 249.

<sup>306</sup> SANTOS MARTÍNEZ, *Albert M.*, *La ejecución del desahucio de vivienda*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 245. Así, por ejemplo, «es perfectamente viable que los servicios sociales tengan conocimiento de que se va a producir el desalojo de los ocupantes de la vivienda y, a fin de evitar que queden desamparados, decidan unilateralmente presentarse el día de la entrega forzosa para procurar alojamiento a las personas desalojadas» (*ibidem*).

subordinación a los fines propios de la jurisdicción, según sus criterios y técnicas peculiares.

La participación de diferentes sectores de las Administraciones Públicas en la actividad de jurisdicción puede desarrollarse a través de las formas más o menos institucionalizadas de coordinación que acabamos de exponer (a través de las unidades administrativas y mediante los oportunos convenios o programas). Pero también es admisible que el tribunal solicite directamente tal cooperación en casos específicos. El fundamento para que el tribunal pueda exigir la cooperación de las Administraciones en la ejecución se encuentra el deber general cooperación con la Administración de Justicia que regula el art. 118 CE<sup>307</sup> y desarrolla el art. 17 LOPJ con mención expresa de las entidades públicas. Que el art. 17 LOPJ, exija que dicha cooperación se desarrolle en «la forma que la ley establezca», no supone, en nuestra opinión, la exigencia de una norma específica que autorice y regule dicha cooperación en cada caso concreto, sino únicamente que con motivo de la cooperación no se dejen de cumplir las normas que regulan la actuación administrativa de que se trate. SANTOS MARTÍNEZ plantea este problema al preguntarse «si el tribunal está legitimado para actuar de oficio y decidir unilateralmente la conveniencia de requerir la presencia de organismos públicos de carácter asistencial, o bien es necesaria la existencia de una previsión legal de carácter expreso que ampare esta actuación o, por otro lado, que exista la previa petición de parte»<sup>308</sup>. Se pronuncia por la primera opción y sostiene que «en la ejecución del desahucio, el tribunal, a la vista de las circunstancias concurrentes, puede interesar la participación y cooperación de los servicios municipales»<sup>309</sup>. Por nuestra parte,

---

<sup>307</sup> En este sentido, SANTOS MARTÍNEZ, Albert M., *La ejecución del desahucio de vivienda*, Bosch, Barcelona, 2009, págs. 244 y 245; también MORENO CATENA, Víctor (en AA. VV., Moreno Catena (dir.), *Manual de Organización Judicial*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 443).

<sup>308</sup> Santos Martínez, Albert, M., *La ejecución del desahucio de vivienda*, Bosch, Barcelona, 2009, págs. 248 y 249.

<sup>309</sup> *Ibidem*. El autor citado, añade que «también sería deseable que el tribunal pudiera instar la cooperación de algunas Organizaciones No Gubernamentales u organismos asistenciales de carácter fundacional o privado, para procurar dar cobijo temporalmente a las personas desalojadas» (*ibidem*, nota 437). Sin parecernos improcedente la notificación a dichas entidades, entendemos que tal notificación no puede servir de sustituto a la labor de las autoridades del Estado Social y Democrático de Derecho, sin perjuicio, por supuesto, de que a través de los correspondientes convenios la labor

creemos haber demostrado que las exigencias constitucionales intrínsecas a la jurisdicción y al proceso que la sirve (garantías de aplicación proporcionada y justa de las normas y tutela de todos los derechos en tal aplicación implicados), así como la exigible interpretación de las normas procesales de conformidad con los derechos y principios constitucionales y con las exigencias derivadas de los compromisos internacionales de nuestro Estado (interpretados y aplicados por diversos órganos internacionales) permiten afirmar que el tribunal, de oficio, debe reclamar la intervención de las Administraciones públicas que tengan los medios y funciones adecuadas para satisfacer la tutela conjunta de demandante y demandado, es decir, para lograr la satisfacción del acreedor sin detrimento de los derechos fundamentales del deudor y, más aun, que el tribunal debe dirigir y supervisar esta actuación como parte del ejercicio de su función jurisdiccional.

No se trata, por tanto, simplemente de delegar la ejecución forzosa en autoridades no jurisdiccionales (desentendiéndose de su resultado) sino de obtener la cooperación éstas en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de forma que pongan al servicio del proceso de ejecución su propia función y, con ella, los recursos de que disponen para satisfacerla. Por ello, en toda labor de cooperación de la administración con los tribunales debe resaltarse la dirección por parte del tribunal mediante resoluciones oportunas (el decreto que guía la diligencia de lanzamiento) y mediante el adecuado control de su desarrollo (dirección por la comisión judicial de la actuación durante la diligencia). Si la intervención solicitada no tiene lugar o no se realiza de modo adecuado a las circunstancias del caso concreto, el tribunal deberá interrumpir y suspender la diligencia de lanzamiento y adoptar las medidas oportunas (sin desfallecimiento en la actividad ejecutiva) lo que pueden suponer una nueva solicitud de cooperación a la misma o diferente Administración.

---

asistencia la preste el Estado a través de las citadas entidades. En todo caso la «notificación», por sí misma, no permite que el tribunal considere colmada la exigencia que tiene como órgano del citado modelo de Estado: no lo permite en el caso de la notificación o requerimiento de colaboración dirigido a entidades públicas y tampoco (menos aun) en el caso de las privadas. El Tribunal tiene una obligación que va más allá de notificar, debe garantizar que no se vulneran derechos fundamentales.

Parecen por ello insuficientes y, en cierto modo, innecesarias (habida cuenta, como acabamos de exponer de la adecuación y suficiencia de las normas generales ya existentes) las diferentes propuestas que ha sostenido el Grupo Parlamentario CiU desde la tramitación parlamentaria de la LAU en el año 1994. En efecto, este Grupo Parlamentario presentó durante la tramitación de la LAU de 1994 una enmienda admitiendo la suspensión de la diligencia de lanzamiento cuando el juez considerase «que, de llevarse a cabo el lanzamiento, se puede producir una grave extorsión social, laboral o económica»; la finalidad expresa de la suspensión sería «notificar a la autoridad competente en la materia las circunstancias apreciadas para que ésta tome las medidas oportunas». Sin embargo, la norma no contemplaba el control de la actividad administrativa realizada (por lo que, con independencia del éxito de tal actividad, el tribunal «señalará dentro de los treinta días siguientes una nueva diligencia de lanzamiento que tendrá carácter definitivo e improrrogable»<sup>310/311</sup>. Es decir, la «suspensión», en el contexto de esta propuesta

---

<sup>310</sup> Enmienda n.º 359 en el Congreso (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso. V Legislatura. Serie II: Proyectos de Ley, n.º 54-11) y 185 en el Senado (BOCG. Senado. V Legislatura. Serie II: Proyectos de Ley, n.º 44 (e) de 23 de septiembre de 1994). Se trataba de dos enmiendas: la núm. 359, del GP Catalán en el Congreso y la núm. 189, del mismo grupo en el Senado, proponiendo ambas la adición de un nuevo apartado cinco a la DA Quinta de la LAU para incorporar a la LEC de 1881 un nuevo art. 1572 (ter) con la siguiente redacción «Se procederá al lanzamiento dentro del plazo fijado, sin prórroga alguna. Sin embargo, en el caso de que el Juez considere que, de llevarse a cabo el lanzamiento, se puede producir una grave extorsión social, laboral o económica, podrá suspender el acto. En este caso, deberá notificar a la autoridad competente en la materia las circunstancias apreciadas para que ésta tome las medidas oportunas y señalará dentro de los treinta días siguientes una nueva diligencia de lanzamiento que tendrá carácter definitivo e improrrogable». La justificación de la enmienda era «establecer la intervención de la autoridad administrativa competente para solucionar las graves situaciones que pueden producirse cuando se procede al lanzamiento y, a la vez, garantizar el cumplimiento del mismo» (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso, V Legislatura, Serie II: Proyectos de Ley, núm. 54-11 y BOCG. Senado. V Legislatura. Serie II: Proyectos de Ley, núm. 44 (e) de 23 de septiembre de 1994).

<sup>311</sup> En su defensa en la Comisión que había de elaborar el dictamen, el portavoz de CiU (Sr. RECODER I MIRALLES) sostuvo la enmienda en estos términos: «el juez, en el momento de dictar el lanzamiento, se encuentra con una situación familiar con frecuencia dramática, que puede verse sustancialmente acrecentada por la pérdida de la vivienda. En estos casos, la solución por la cual se opta por parte de la autoridad judicial es la de no proceder al lanzamiento sin más; es decir, existe un procedimiento de desahucio, concluido, una sentencia firme que no se ejecuta, en tanto que el proceder al lanzamiento daría lugar a unas gravísimas consecuencias, en algunos casos tan graves como la de poner una familia en la calle y no darle otra solución [...] Se me puede decir que introducir una enmienda de este tipo en la Ley de Enjuiciamiento Civil puede dar lugar a una dilación de los procedimientos que, ya de por sí, son suficientemente largos. Pero yo creo que es mucho más dilatorio el sistema actual, donde esto no está previsto, donde existe la obligación de lanzamiento, en el caso de que haya una sentencia firme de desahucio porque las circunstancias así parecen aconsejarlo» (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, V. Legislatura, Comisiones, núm. 253, de 27 de

normativa, equivalía a una paralización del proceso que permitiera una intervención administrativa considerada ajena a la función jurisdiccional; tan ajena se consideraba la intervención de la Administración que, fuera o no fructuosa, la actividad judicial se reanudaba pasado un tiempo (para reclamar una intervención administrativa —de la policía judicial— ahora sí considerada parte de la función jurisdiccional y sometida al control y dirección del tribunal). Posteriormente, durante la tramitación de la LEC de 2000 el mismo grupo parlamentario presentó un bloque de enmiendas tendentes a regular el juicio de desahucio por falta de pago de la renta<sup>312</sup> y, entre ellas, un sistema de suspensión del lanzamiento (por un mes prorrogable otro más) «*si el tribunal apreciase razonadamente que de ejecutarse en el término previsto se causaría un grave problema humano o social*»; la suspensión se acordaría de oficio o a instancia de parte o de terceros con interés legítimo y, como en la propuesta anterior, de la suspensión sería informada la Administración civil así como entidades benéficas para que pudieran adoptar las medidas pertinentes; como expresaba la exposición de motivos de la

---

junio de 1994, pág. 278). La enmienda del Senado fue retirada. Dando la razón a esta enmienda, GUTIÉRREZ GONZÁLEZ consideraba que de no figurar esta posibilidad en la ejecución se «desplegará un alto grado de discrecionalidad en el Juez que conducirá a una innecesaria inseguridad jurídica en el arrendador, salvo que se presuma una aplicación de la ley absolutamente deshumanizada» (Gutiérrez González, Carlos, «Aspectos procesales de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994», *Revista General de Derecho*, núm. 607 (año LI), pág. 3205).

La intervención de la Administración también se apreciaba en otra enmienda de CiU (nº 354) de modificación de la DA 5.ª LAU, para reformar el art. 1563 LEC añadiendo un nuevo párrafo con la siguiente redacción: «Quedará suspendido el juicio de desahucio si la Administración competente notifica al Juzgado su intención de atender al pago de las cantidades que hayan generado la acción de desahucio. Transcurrido un mes, desde la notificación sin que se hayan consignado dichas cantidades y las que hayan ido venciendo, se levantará la suspensión y el juicio seguirá su curso» argumentando la reforma propuesta para «posibilitar la consignación por cualquier modo fehaciente, y facilitar la enervación cuando la Administración asuma la deuda por imposibilidad económica del arrendatario». En su defensa intervino en el Congreso el ya citado representante del Grupo Parlamentario CiU afirmando que «de hecho es una acción que lamentablemente, dadas las circunstancias económicas que ha vivido nuestro país en los últimos años, las Administraciones Públicas han debido de ejercitar en reiteradas ocasiones» (*ibidem*, pág. 277).

<sup>312</sup> El Grupo Parlamentario Catalán (CiU), en la línea ya emprendida durante la tramitación de la LAU de 1994 (vid. *infra*) presentó la enmienda núm. 1051 proponía reconocer expresamente, en sede de intervención provocada (actual art. 14), el interés legítimo de la Administración civil y de las Entidades con fines benéficos para intervenir en juicio de desahucio por falta de pago de la renta y la enmienda núm. 1058, que permitía expresamente que la enervación de la acción de desahucio (actual art. 22.4 LEC) la realizara la Administración civil o Entidades benéficas gozando de ciertos privilegios pues, según la norma propuesta, en tal caso «no será necesaria la efectividad del pago. Bastará el compromiso escrito presentado ante el Juzgado de hacerlo efectivo dentro del plazo de un mes» (BOCG-Congreso de los Diputados, núm. A-147-9, de 26 de marzo de 1999, págs. 485 a 487).

proposición, como consecuencia de la suspensión «no debe sólo quedar perjudicado el arrendador, sino que tal hecho ha de ser asumido por la comunidad, representada por la Administración»<sup>313</sup>. Esta misma línea, seguían las propuestas de este grupo en sus proposiciones de ley para la reforma de la LEC y la LOPJ en relación el juicio de desahucio y consiguiente lanzamiento presentadas sucesivamente en los años 2006, 2007 y 2008, así como las enmiendas presentadas a los proyectos de ley socialistas de 2008 y 2009, a los que ya hemos hecho referencia.

La tendencia que considera la intervención de las Administraciones Públicas como actividad ajena a la actividad jurisdiccional se manifiesta en algunos ordenamientos de nuestro entorno. El art. 930.6 del Código Procesal Civil Portugués, para el lanzamiento de aquel inmueble considerado casa habitación principal del demandado establece: «[...] *caso se suscitem sérias dificuldades no realojamento do executado, o agente de execução comunica antecipadamente o facto à câmara municipal e às entidades assistenciais competentes*».

En Francia, el art. L-412.5 del *Code des procédures civiles d'exécution*, establece que el *huissier de justice*, desde el momento mismo de la orden de desalojo de la vivienda, debe informar al representante del Estado en el Departamento de la petición de ser realojado que hubiera formulado su ocupante, de modo que pueda ser gestionada en el marco del plan de vivienda para personas necesitadas del Departamento prevista en la Ley para el derecho

---

<sup>313</sup> Enmienda núm. 1.365, BOCG-Congreso de los Diputados, núm. A-147-9, de 26 de marzo de 1999, pág. 570. Su texto literal lo reproducimos a continuación: «Sin perjuicio de lo previsto en el artículo anterior, desde el mismo momento de la sentencia firme y hasta el momento de iniciarse el lanzamiento, si el tribunal apreciase razonadamente que de ejecutarse en el término previsto se causaría un grave problema humano o social, podrá suspenderlo provisionalmente./Podrán instar dicha suspensión la parte demandada o cualquier otra persona que pueda tener el carácter de interviniente en el proceso, la Administración civil, o una entidad benéfica reconocida legalmente, o bien acordarse de oficio./En la misma resolución en que se acuerde la suspensión se señalará fecha y hora concreta para practicar la nueva diligencia de lanzamiento dentro de los treinta días siguientes y se notificará a las partes interesadas. Dicho señalamiento se considerará definitivo y bajo ningún concepto se suspenderá, salvo solicitud del actor./En el momento de suspender la diligencia, se acordará que se comunique de inmediato a la Administración civil la providencia acordada, a los efectos que pueda tomar las medidas oportunas en orden a la situación creada».

a la vivienda (ley núm. 90-449, de 31 de mayo de 1990 *visant à la mise en oeuvre du droit au logement*); esta ley establece (art. 2) que el plan departamental debe dar prioridad a las personas y familias amenazadas de desalojo (entre otras categorías que incluyen también las personas sin hogar y las que habiten en viviendas inadecuadas). El Consejo Constitucional francés declaró inconstitucional una norma que vinculaba la reanudación de la ejecución al éxito del realojo solicitado<sup>314</sup>, pero en ese caso la actuación administrativa no estaba dirigida por el tribunal sino que se desarrollaba de modo totalmente independiente, sin control por parte de la jurisdicción y, por consiguiente, condicionando plenamente la función jurisdiccional. Por esta razón, la intervención de la Administración en la ejecución forzosa que por nuestra parte consideramos procedente no es una actuación autónoma, desvinculada y condicionante de la efectividad de la tutela judicial; es, en cambio, una intervención ordenada por el tribunal, dirigida por este y funcionalizada al servicio, precisamente, de la tutela efectiva (pero efectiva no sólo para el demandante); una forma de cooperación de la Administración pública con la Administración de Justicia, prestada conforme a técnicas propias y con recursos y personal dependiente de la Administración pero subordinada en sus fines a la Jurisdicción. En resumen, la separación de poderes no supone que los tribunales puedan desentenderse de las consecuencias que para los derechos fundamentales tienen los actos materiales que ordenan: si su función no es, ciertamente, proveer medios para las personas en situación de exclusión social, sí lo es, en cambio, evitar que la aplicación jurisdiccional del derecho sea, al propio tiempo, causa de vulneración de derechos fundamentales.

---

<sup>314</sup> El Consejo Constitucional francés en su decisión de 29 de julio de 1998 declaró inconstitucional el art. 119 de la ley relativa a la lucha contra la exclusión (loi n.º 98-657, *relative à la lutte contre les exclusions*) en cuanto subordinaba la asistencia de la fuerza pública al lanzamiento del ocupante al desarrollo previo de un procedimiento administrativo para realojar al ocupante. Razona el Consejo que la regla por la cual toda sentencia puede ser objeto de ejecución forzosa «es un corolario de la separación de poderes» y esta norma subordinaría el éxito de la ejecución a una decisión administrativa. Por otra parte, aunque admite que el orden público, en situaciones excepcionales admite la derogación del principio de ejecución de las sentencias, que la administración no haya desarrollado un procedimiento de realojo no significa por sí mismo un riesgo para el orden público (vid. GUINCHARD, Serge, «Les modèles du droit processuel: La garantie de l'exécution de la décision du juge», en AA. VV. *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès*, Dalloz, Paris, 2005 (3.ª ed.), pág. 852).



#### 5.2.4. Intervención de particulares contratados en régimen civil o mercantil.

La realización de las actividades de lanzamiento conlleva el ejercicio de la función jurisdiccional y, coordinada con ésta, de otras funciones públicas correspondientes a las distintas Administraciones intervinientes (ejercicio de la *vis compulsiva* por parte de la policía, de tareas de protección de la infancia o de la salud...) que, en principio, parece oportuno (por razones de orden público y de garantía de los derechos de las partes y de terceros en cuya esfera íntima se ha de producir una repercusión relevante) que se realicen con personal, los recursos y los procedimientos propios de la Administración de Justicia o de otros sectores de la Administración Pública<sup>315</sup>. Sin embargo, existen intervenciones que no incidiendo en el orden público ni afectando la esfera personal de los sujetos desalojados (un cerrajero que abra la puerta, una empresa que retire un animal agresivo que impida el acceso al inmueble...) y correspondiendo a prestaciones existentes en el mercado de servicios, no parece inapropiada su realización por profesionales contratados por el demandante. Se trataría del uso de medios privados para el desarrollo de funciones públicas.

El título jurídico por el que intervendrán tales sujetos contratados por el demandante es complejo: por una parte están ligados por un vínculo civil o mercantil con el ejecutado de quien son acreedores por el valor de su intervención; por otra, su relación con el tribunal es de carácter público y encajaría en el deber de cooperación con la ejecución de lo juzgado regulado por los arts. 118 CE y 17 LOPJ, quedando sometidos durante el desarrollo de la diligencia a las órdenes de la comisión judicial y quedando amparados por ésta en el desarrollo de sus funciones (ahora parte de la función pública de ejecución forzosa).

---

<sup>315</sup> CARBALLO PIÑEIRO proponía la incorporación en la actividad material de ejecución de profesionales de diversa índole (en particular para la ejecución de la prestación de dar cosa mueble): «[...] cabe plantearse la conveniencia de contratar los servicios de un profesional que proceda a la búsqueda de la cosa, como, por ejemplo, un detective o un profesional relacionado con el mercado del bien en cuestión (una obra de arte o un objeto de colección). A estos efectos, el Juzgado podría utilizar especialistas “a costa del ejecutado” a fin de determinar la situación física y jurídica, del bien. De un lado, los organismos y entidades públicas, además de informar, también han de realizar las averiguaciones que sean precisas» (Carballo Piñeiro, Laura, *Ejecución de condenas de dar*, J.M. Bosch, Editor, Barcelona, 2001, pág. 325).

Para propiciar dicha intervención, el demandante, al tiempo de solicitar una determinada actuación (rotura de cerradura en caso de que no lo haga el ocupante o no se obtengan las llaves del inmueble por cualquier otro medio) puede poner a disposición del tribunal los medios correspondientes con la mayor precisión que posible, de modo que el secretario judicial pueda pronunciarse sobre la adecuación de la intervención propuesta, su alcance y la autorización de su realización por los profesionales propuestos poniendolo en conocimiento de la comisión del juzgado<sup>316</sup>. Como señala SANTOS MARTÍNEZ, «la competencia para autorizar y, en su caso, requerir la presencia de estos sujetos reside en el tribunal de la ejecución del desahucio»<sup>317</sup>. Sin embargo, para este autor, tal circunstancia «no impide que, llegado el día de la entrega forzosa, el ejecutante pueda hacerse acompañar por aquellos sujetos que, como el cerrajero, puedan facilitar el acceso a la vivienda»<sup>318</sup> y añade que «es el ejecutante quien valora esta participación y presencia eminentemente técnica [...] sin necesidad de que se acuerde previamente su intervención y siendo suficiente su mera constancia en el acta de la diligencia de entrega forzosa para dar validez a esta actuación»<sup>319</sup>. No compartimos este razonamiento. En nuestra opinión, el desarrollo de cualquier función instrumental durante la ejecución requiere autorización expresa por el secretario judicial que es el órgano competente para adoptar las medidas ejecutivas<sup>320</sup>. Tratándose del ejercicio de la jurisdicción el tribunal no puede dejar al criterio de una de las

---

<sup>316</sup> No pareciéndonos adecuado, por consiguiente, su formulación en la demanda a modo de mero aviso o comunicación al tribunal, tal como parece proponer SANTOS MARTÍNEZ al afirmar, en referencia al contenido de la demanda, que «la parte ejecutante puede poner en conocimiento del tribunal que se hará servir de profesionales —cerrajero, operarios de mudanzas— que garanticen la entrada en la vivienda y la desocupación de la misma» (Santos Martínez, Albert M., *La ejecución del desahucio de vivienda*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 329).

<sup>317</sup> *Ibidem*, pág. 244.

<sup>318</sup> *Ídem*.

<sup>319</sup> Op. cit., pág. 260. Añadiendo (nota 453) que se trata de un auxilio «del que perfectamente se puede prescindir y, p. ej., utilizar el propio ejecutante cualquier otro medio o mecanismo para forzar la cerradura y posibilitar la entrada; cuestión, por otra parte, nada extraña en la práctica forense».

Sin embargo, este autor niega que un médico privado al servicio del ejecutante pueda tener intervención en la diligencia de lanzamiento «por el probable riesgo de que su valoración no fuera suficientemente objetiva» (*ibidem*, pág. 205).

<sup>320</sup> No lo entiende así el autor citado cuando afirma que «formalmente, sería conveniente que con anterioridad a la celebración de la diligencia el ejecutante pusiera en conocimiento del tribunal la intervención del cerrajero, aunque nada obsta que el mismo día del acto de ejecución se presente con el citado profesional comunicándolo a la Comisión del Juzgado (op. cit., pág. 261).

partes la valoración de la necesidad o alcance de una determinada intervención por muy clásica y habitual que tal actuación sea, como es sin duda el caso del cerrajero. El tribunal debe controlar la cualificación de cuantos intervienen en la diligencia tanto para preservar aquellos derechos fundamentales del ejecutado que no deban ser perjudicados (y que pueden serlo si quien interviene no cuenta con la cualificación correspondiente) como para controlar la participación en el ejercicio de una función pública de particulares (dado que, por ejemplo, los daños producidos por estos sujetos serían imputables al funcionamiento de la Administración de Justicia). No obstante, lo cierto es que razones prácticas y de economía procesal justificarán que el decreto de ejecución contenga en ocasiones autorizaciones genéricas (por ejemplo, la intervención de «un cerrajero cualificado contratado por el demandante para abrir la puerta del inmueble y sustituir la cerradura») delegando en la comisión del juzgado el control (y constancia) *in situ* de su identidad, cualificación así como del alcance y efecto de su actuación<sup>321</sup>. No debiera admitirse que durante el trámite de lanzamiento el ejecutante aparezca acompañado de profesionales cuya intervención no hayan autorizado previamente el secretario judicial en el decreto que ordenan el lanzamiento, al menos con una fórmula genérica.

La presencia de determinados profesionales contratados por el demandante para realizar tareas posteriores al lanzamiento (limpieza, retirada de muebles, etc.), pero no directamente vinculados con la entrega de la posesión, debiera, como regla general, posponerse a la conclusión de la diligencia para realizar su tarea, salvo que su intervención se halle prevista en la orden general de ejecución o en el decreto de concreción ejecutiva por haberse acumulado pretensiones en este sentido. Recordamos ahora que, en nuestra opinión, la pretensión de retirada de bienes muebles (entrega del inmueble «vacuo y expedito») o en un estado determinado (limpio, pintado, etc.)

---

<sup>321</sup> SANTOS MARTÍNEZ, por su parte, considera que el vínculo del tercero de que tratamos con la ejecución no tiene que ver con el vínculo público a que aluden los arts. 118 CE y 17 LOPJ y lo considera, exclusivamente de relación mercantil (*ibidem*, pág. 261). Afirma «es la relación mercantil entre el ejecutante y el profesional lo que justifica su presencia. Cosa distinta, no obstante, es que esta intervención acabe convirtiéndose en fundamental para lograr la efectividad de la ejecución del desahucio, tal como ocurre con el cerrajero. Pero aun así, este sujeto no se convierte en un colaborador de la Administración de Justicia [...] su carácter [se refiere a su actuación] instrumental y condicionado al interés del ejecutante refuerza la relación mercantil como el fundamento de su participación» (*ibidem*). Por las razones expuestas en el texto, no podemos compartir esta conclusión.

aunque, en ocasiones, se incluyen como cláusula de estilo en las resoluciones de desahucio no son prestaciones instrumentales de la entrega posesoria a la que se ordena el lanzamiento (pues se puede adquirir la posesión sin las mismas), ni son siempre prestaciones que deban acompañar a la prestación principal (el inmueble alquilado con muebles no se devuelve «vacuo y expedito») y, por ello, deben acumularse de forma expresa a la pretensión de lanzamiento (y sólo si lo autoriza el título ejecutivo), resolverse igualmente de forma expresa en el auto despachando ejecución y ordenarse de modo específico mediante los decretos de concreción de actividad ejecutiva. En este sentido, SANTOS MARTÍNEZ, en referencia a los operarios de mudanzas y de limpieza contratados a instancia del ejecutante considera que su participación (a diferencia de la del cerrajero) «en principio no afecta a la reintegración de la posesión [...] obedece sólo a criterios funcionales y, desde luego, ninguna incidencia posee para la realización práctica de la obligación de entrega de la posesión»<sup>322</sup>.

También pretensiones declarativas acumuladas a la pretensión de lanzamiento (condena al abono de los deterioros causados al inmueble o de instalaciones y plantaciones inseparables) pueden hacer precisa la participación en la diligencia de diversos profesionales para facilitar su constancia. En este sentido, puede ser conveniente la colaboración de un perito que ponga en evidencia el estado del inmueble (deterioros estructurales, alcance y gravedad de las humedades que puedan apreciarse...) o de las mejoras (realidad de las mismas, carácter inseparable, estado en que se encuentran...) haciéndolo constar su intervención y sus observaciones en la documentación de la diligencia.

## **6. Actividades que integran la diligencia de lanzamiento**

### *6.1. Aspectos generales.*

#### *6.1.1. Heterogeneidad de la actividad a desarrollar y dirección de la comisión judicial: dirección e interrupción; materialización o ejecución; constancia.*

El tipo de actuaciones a desarrollar para el desalojo en una diligencia de lanzamiento puede ser muy variado, dependiendo de muchos factores (que el

---

<sup>322</sup> *Ibidem*, pág. 262.

ocupante tenga o no familia, que disponga de alojamiento alternativo, que se haya desarrollado una actividad previa de intervención de las Administraciones Públicas...) y no todos conocidos a priori (la presencia o no del ejecutado, el grado de colaboración ofrecido por éste, la presencia de terceros desconocidos y su posibilidad de su identificación, la concurrencia o no de las Administraciones convocadas, la adecuación de los medios previstos en relación con las condiciones reales con que se encuentra la comisión, la existencia de imprevistos, etc.). Cada una de las actividades ejecutivas a desarrollar durante el transcurso de la diligencia de lanzamiento debería estar reflejada en las resoluciones que la ordenan como expresión de una ponderación previa singularizada y requerirá, en muchas ocasiones, haber desarrollado una cierta actividad de preparación como hemos analizado en el capítulo anterior. Entre la actividad a realizar durante la diligencia debe destacarse una actividad general o transversal (presente en toda la diligencia) que consiste en la tarea de dirección por parte de la comisión judicial, mediante la cual, constata la concurrencia de aquellas circunstancias que justifican cada una de las actividades ejecutivas previstas, realiza por sí misma dicha actividad o autorizará su realización por los funcionarios o profesionales convocados, articulando un cierto orden de intervención de los distintos funcionarios o profesionales (de haber varios presentes). Al tiempo que se desarrolla debe documentarse la actividad realizada. Cuando la comisión judicial, en lugar de constatar la concurrencia de las circunstancias previsibles que justificaban las medidas acordadas puede constatar circunstancias imprevistas o la carencia de los medios oportunos que se habían ordenado deberá proceder a la interrupción, de oficio o a instancia de parte, de la diligencia en curso, para reanudar la actividad en sesión inmediata o para suspenderla acordando entonces nuevas medidas de ejecución.

*6.1.2. Orden de actuaciones regido por la naturaleza de la actividad a desarrollar en cada caso así como por la exigencia de proporcionalidad.*

El orden de actividades de la diligencia de lanzamiento debe constar en el decreto de medidas ejecutivas que debe regir la diligencia y éste podrá atenerse, a su vez, a los protocolos de actuación en el procedimiento elaborados por el secretario coordinador provincial. Sin perjuicio de ello, con carácter general puede afirmarse

que dentro de la variedad posible de actividades, el orden de actuaciones estará regido, en gran medida, por la naturaleza de las cosas (el desplazamiento o traslado de la comisión al inmueble precede, lógicamente, a la identificación de los sujetos convocados que hubieran acudido convocados por el tribunal, y ésta identificación debe preceder, como regla general, al acceso al inmueble; el acceso a la verificación de las condiciones de los ocupantes, etc.). Dentro del orden de actuaciones que corresponde a la naturaleza de las cosas, la actividad de ejecución está constreñida por exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, es decir, del logro del mayor equilibrio entre la eficacia del lanzamiento y el daño que puedan ocasionar las actividades de lanzamiento. En este sentido, será preferente la comunicación con el ejecutado o, en su caso, con los ocupantes para, siendo posible tal comunicación, propiciar el acatamiento de la orden de apertura del inmueble, el desarrollo, con su presencia y participación, de las diversas actividades necesarias y, finalmente, la salida pacífica del inmueble. Sólo en caso de imposibilidad de comunicación con los ocupantes será procedente la entrada sin su consentimiento, sólo en caso de obstaculización por éstos del desarrollo de la diligencia será procedente su expulsión pendiente aun de finalización (y el consiguiente desarrollo de algunas actividades de ejecución sin su presencia) y, finalmente, sólo en caso de resistencia u oposición al abandono será procedente la expulsión mediante *vis absoluta*, privativa de la libertad ambulatoria; aun en este caso de resistencia, habiéndose previsto una intervención asistencial (el desplazamiento de servicios sanitarios, sociales, de menores, etc.) su intervención especializada y técnica deberá preceder a cualquier actuación con empleo de la fuerza y sólo si existe negativa a recibir o permitir que otros reciban tal asistencia será legítimo acudir a la *vis física* con asistencia policial. En el mismo sentido, de no obtenerse colaboración del ejecutado franqueando el acceso al inmueble se debe intentar primero el acceso mediante la obtención de las llaves (de las que puede disponer el portero del inmueble o un vecino, etc., para lo que deberá haberse requerido su presencia en la diligencia) y sólo a mecanismos de fractura en caso de fracasar los anteriores medios más pacíficos y económicos. En este mismo sentido, la presencia de imprevistos se deberá intentar resolver interpretando el decreto de ejecución (que puede contener precisiones sobre el curso de las actuaciones); sólo en caso de ser insuficiente el contenido del decreto para hacer frente a tales imprevistos procederá la interrupción de la diligencia.

### 6.1.3. Constancia de la diligencia.

La doctrina<sup>323</sup> ha destacado la relevancia de la documentación de la diligencia de lanzamiento<sup>324</sup>. Se deben hacer constar:

1.º Las actividades desarrolladas por la comisión judicial incluidas tanto las decisiones que adoptan sus miembros en interpretación de la diligencia (decisión de interrupción de la diligencia, por ejemplo) como las actividades materiales que realice ella misma (desplazamiento de la comisión, orden de apertura dirigida al ocupante, orden de abandono del inmueble, orden de intervención de los distintos intervinientes...)

2.º Las diferentes actividades desarrolladas por la policía judicial, el médico forense y, en general, por funcionarios de las diferentes Administraciones Públicas intervinientes; también la actividad realizada (siempre a instancia del tribunal) por los particulares participantes en la diligencia. La constancia se extiende a la

---

<sup>323</sup> REDONDO GARCÍA ha destacado la importancia de la documentación de la diligencia recomendando la intervención del secretario judicial para dar fe pública judicial e, incluso, acudir a medios de fe pública extrajudicial «para evitar reclamaciones del deudor o de tercero.» pues «de admitirse una solución distinta no sería infrecuente que topásemos ante posteriores reclamaciones, bien del deudor o incluso de terceros que pretendiesen seguir ocupando el inmueble con clara violación del derecho de ocupación que corresponde al adjudicatario» (Redondo García, Fernando, *La entrega de la posesión en los procedimientos de ejecución de inmuebles*, Marcial Pons, Barcelona, 2003, págs. 56 y 60, respectivamente). CARBALLO PIÑEIRO, por su parte, opina que «El secretario debe documentar convenientemente esta diligencia, dando fe del estado en que se halla la cosa, así como de las operaciones que para su aprehensión ha sido necesario practicar. Esta acta permitirá al ejecutado, o tercero, reclamar, en otro juicio, los gastos útiles y necesarios, y las mejoras que hubiera podido practicar en el bien, si estima que tiene derecho a su devolución» (Carballo Piñeiro, Laura, *Ejecución de condenas de dar*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, pág. 327).

DE TORRES AGUILAR sostenía la importancia de la diligencia de lanzamiento (entendida como acto de constancia) que «extenderá el Secretario u Oficial Habilitado que asista a ésta, acta clara y precisa expresando si se llevó o no a efecto, o los motivos que lo hubiesen impedido, consignándose las circunstancias concurrentes. La diligencia debe extenderse en el mismo lugar del lanzamiento, firmándola todos los asistentes y en primer término el actor o su representante, a cuya instancia se ejecuta» (op. cit., *ibídem*).

<sup>324</sup> Documentación a la que se denominará, al igual que el acto que documenta, «diligencia». Sobre el sentido anfibológico del término RODRÍGUEZ TIRADO aclara que «[...] se mezclan actividades distintas: una, el ejercicio o cumplimiento de la ejecución de una resolución judicial; y otra bien diferente, la constatación [...] Con estas diligencias ocurre lo mismo que con las diligencias de comunicación. Ante el silencio de la ley acerca de cuál es su significado y cuál es su ámbito de aplicación, la doctrina es la que les otorga significados distintos [...]» (Rodríguez Tirado, Ana María, *las funciones procesales del Secretario Judicial*, J. M.<sup>a</sup> Bosch, Editor, Barcelona, 2001, pág. 216).

actuación que se adecue a lo ordenado en el decreto, en los términos que concrete la comisión como a lo que se aparte de dichos parámetros.

3.º Todas las circunstancias de hecho determinantes de las decisiones adoptadas por la comisión o por los distintos sujetos que intervienen a instancia de la misma; por ejemplo, la presencia de personas distintas del ejecutado (identificándolas con la mayor precisión posible: exhibición de documentos de identidad...) y su vínculo con el ejecutante (determinándolo por manifestaciones de los sujetos presentes), que pueden determinar que la diligencia se dirija contra ellas (personas dependientes del ejecutado) o que sea interrumpida (personas no dependientes y que alegan disponer de un título bastante); la presencia en el inmueble de personas enfermas o desvalidas y, en su caso, la percepción de algún riesgo en caso de proceder al lanzamiento o, por el contrario, la ausencia de tal riesgo y las razones para tal juicio, etc.

4.º Los medios que son puestos a disposición del ejecutado para subvenir aquellas necesidades que genera el desalojo o para limitar los daños que pudiera causar, en particular existiendo menores u otras personas desvalidas. En este sentido, el Comité de Derechos Sociales del Consejo de Europa ha considerado que la carga de la prueba respecto a la disponibilidad de tales recursos(en el marco del proceso para determinar la vulneración por el Estado de la Carta Social Europea) corresponde al propio Estado<sup>325</sup>.

5.º Las diferentes manifestaciones de voluntad o, en su caso, de conocimiento, formuladas por las partes: peticiones relativas a la interrupción de la diligencia con el fin de impugnar algún acto material de la ejecución en protección de algún

---

<sup>325</sup> Según el Comité de Derechos Sociales, la carga de la prueba del respeto a la dignidad de las personas durante el proceso de desalojo recae sobre el Estado demandado; tal como se afirma en el Caso del ERRC contra Grecia (decisión de 2004) (§ 50); en el caso planteado por la reclamación del ERRC contra Italia (decisión de 2005) el Comité afirma que «Italia no ha conseguido demostrar que los desalojos en cuestión hayan satisfecho las condiciones expresadas y tampoco ha proporcionado pruebas convincentes para refutar las afirmaciones de que los romaníes han sufrido violencia injustificada durante los desalojos» (§ 42) y, en el caso FEANTSA contra Francia (decisión de 2007): «en general, el Gobierno no ha proporcionado argumentos sustanciales contra el análisis realizado por las organizaciones reclamantes y sus propios argumentos contienen afirmaciones que apunta a la incapacidad de las autoridades locales para resolver los problemas de vivienda de los grupos itinerantes» (§ 167).



derecho del ocupante (art. 562.1.3.º LEC); peticiones relativas al deber de abono por el demandante de las instalaciones y plantaciones con petición de constancia de tales mejoras (art. 703.2 LEC); la petición por el demandante del abono de los deterioros causados al inmueble y, correlativamente, de constancia o documentación del estado de la finca (art. 703.3 LEC); la indicación por el demandado de la situación de desvalimiento en que la deja el desalojo. Esta última manifestación

En cuanto a la forma de documentación, esta dependerá de la composición de la comisión judicial: integrada por el secretario judicial, se hará mediante acta que gozará de fe pública (arts. 145.1.2.º y 146.1 LEC; art. 7 e) del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales<sup>326</sup>); sin la presencia del secretario judicial, la constancia se hará mediante una diligencia elaborada por el funcionario de gestión procesal (art. 146.1 LEC).

La LEC autoriza la documentación de cualquier actividad procesal mediante sistemas de grabación y de reproducción de la imagen y el sonido (art. 146.3 LEC), pero sólo exige el empleo de tales medios para las vistas, audiencias y comparecencias ante el tribunal, por lo que no es obligatorio su empleo en los lanzamientos. En este mismo sentido se pronuncia el art. 230 de la LOPJ. Con este mecanismo de constancia podrían verse facilitados ciertos elementos de la documentación de la diligencia, en particular, la elaboración de inventarios: estado de la vivienda, muebles que en ella se contienen, instalaciones no separables, etc. Los funcionarios del Cuerpo de Auxilio serían los encargados del manejo de tales medios aun cuando el art. 478 f) LEC. sólo les atribuye el mantenimiento de los medios técnicos pero no su manipulación. Podría, asimismo, ser de gran valor para acreditar la corrección de la diligencia y su posible impugnación.

El empleo de medios audiovisuales durante la diligencia de lanzamiento puede, sin embargo, plantear un conflicto en relación con el derecho a la intimidad. Si bien la entrada en el inmueble está amparada por la resolución judicial correspondiente y, con ella, la restricción a la intimidad que implícitamente conlleva, hay que convenir que son cosas distintas para el derecho a la intimidad la entrada y la

---

<sup>326</sup> Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre.

grabación de dicha entrada. Las características del soporte audiovisual y la publicidad potencial que conlleva hacen de esta grabación una intromisión más intensa en la intimidad que la representada por la entrada en sí misma. La proporcionalidad entre el derecho a la intimidad del ocupante y la función pública de constancia que garantiza otros derechos de las partes, puede alcanzarse, en nuestra opinión, si se respetan varios requisitos. En primer lugar, autorización judicial motivada en el mandamiento para el empleo de medios audiovisuales de constancia; en segundo lugar, la advertencia a los ocupantes de su empleo, al menos mediante una advertencia verbal al inicio de la diligencia. De faltar el primero de los requisitos será todavía posible la grabación si se cuenta con el consentimiento expreso de los ocupantes.

#### *6.1.4. Suspensión e impugnación (remisión)*

A pesar de que las actividades desarrolladas por la comisión del juzgado son, fundamentalmente, actos materiales, no puede olvidarse que éstos son (o deben ser) una expresión de la voluntad del tribunal constatada de modo expreso (auto conteniendo la orden general de ejecución y decreto estableciendo las medidas de ejecución oportunas) interpretada por la comisión del juzgado. De este modo, la actuación desplegada puede ser impugnada tanto por considerarse irregular la propia resolución adoptada (art. 562.1.2.º LEC) o contraria al título (art. 563 LEC), por entenderla ejecutada con exceso respecto de lo resuelto o sin amparo en resolución alguna (art. 562.1.3.º LEC)<sup>327</sup>. En caso de resolución expresa, habiendo sido ésta debidamente notificada, el plazo de impugnación ya habrá precluido al tiempo de practicarse la diligencia de lanzamiento. En el segundo caso surge la ocasión impugnatoria precisamente en el momento de la diligencia, cuando se manifiestan de hecho las actuaciones procesales que no quedan amparadas por las resoluciones previas. Ya nos hemos ocupado de los problemas y consecuencias de esta forma de

---

<sup>327</sup> En tal sentido, ORTIZ NAVACERRADA, aun vigente la LEC de 1881, afirmaba que «en el proceso de ejecución las actuaciones no propiamente decisorias sino materiales, tiene presencia y alcance primordiales: normalmente responden a la estricta ejecución de lo acordado en decisión previa y no son directamente recurribles. Pero no son descartables supuestos de desviación entre lo actuado y lo decidido ni tampoco de actuación material que incluya un contenido decisorio de trascendencia varia no expresado ni anticipado formalmente en resolución previa, frente a las cuales la interdicción de la indefensión exige la viabilidad de una posible reacción impugnatoria: [...]» (Ortiz Navacerrada, Santiago, *La oposición a la ejecución civil*, Actualidad Editorial, Madrid 1994, pág. 19).

impugnación mencionada y las peticiones de interrupción de la diligencia que pueden conllevar. A ellas nos remitimos<sup>328</sup>.

## *6.2. Actividades en particular.*

### *6.2.1. Desplazamiento y localización del inmueble*

La comisión judicial debe desplazarse al inmueble, realizando las gestiones necesarias para localizarlo con precisión. El desplazamiento deberá hacerse con medios de la Administración de Justicia no siendo admisible que se desarrolle con medios privados del demandante lo que puede afectar a la imparcialidad exigida al tribunal. Según el apartado 10 del art. 10 del Rto 2/2010 *sobre criterios generales de homogeneización de las actuaciones de los servicios comunes procesales* «los responsables de los servicios comunes, en coordinación con la Administración competente para dotarles de medios materiales, diseñarán un plan de transporte que se adecue a las necesidades del servicio, bajo los criterios de eficacia, eficiencia y uso racional de los medios de locomoción».

La localización del inmueble puede originar problemas de hecho cuando su identificación se ha desarrollado hasta el momento de forma exclusivamente documental (a través de los datos «oficiales» del inmueble tal como constan en escrituras, contratos, etc.), confiando en su correspondencia de los datos del título ejecutivo (así como de la orden general de ejecución y el decreto de concreción de medidas ejecutivas) con la realidad urbanística en la que se desarrolla la diligencia. En este sentido, una calle puede haber sido objeto de una nueva numeración que difiera de la que consta en el título ejecutivo (o, incluso, en la documentación que consta en autos); una vivienda unifamiliar puede haber sido objeto de división (creando dos viviendas adosadas donde antes sólo había una:

---

<sup>328</sup> Según PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ en la realización de las medidas coactivas de ejecución, la figura preeminente es el agente judicial pero «[...] puede ocurrir que cualquier incidente surgido durante la ejecución plantee una dificultad insuperable al agente judicial, y [...] el resultado puede ser desastroso para la eficacia de la función jurisdiccional [...] es la consecuencia de no precisar en la ley la conexión entre el juez y el agente judicial [...]» y añade que éste «tendrá que adoptar las resoluciones que de momento sean precisas, principalmente la de suspender la diligencia cuando se presenten cuestiones de propiedad, de inembargabilidad de bienes y análogas» (Prieto-Castro y Ferrándiz, Leonardo, «Correcciones al Derecho sobre ejecución forzosa de la Ley de Enjuiciamiento civil », RGLJ, segunda época, tomo XXIII, núm. 5 (1952), págs. 516 y 517).

con dos entradas y, por tanto, dos familias viviendo en ellas de forma separada), etc.

La comisión debe, en tales casos, realizar y documentar, *in situ* (en el lugar en que haya surgido la discrepancia sobre la identidad y ubicación del inmueble) toda la actividad de indagación que esté a su alcance en dicho momento para ajustar lo previsto en el decreto que ordena la ejecución a las circunstancias fácticas del caso. Tal indagación consiente la intervención del procurador y abogado tanto de demandante como demandado así como la consulta a los ocupantes de los diferentes inmuebles afectados, porteros, presidentes de comunidad de propietarios, etc., lo que pone una vez más de manifiesto la oportunidad de que dichas personas sean convocadas a la diligencia. Debe hacerse constar el resultado de la indagación realizada y la información obtenida en la documentación del acto.

Esta actividad «instructora» corresponde al equipo de funcionarios que reciben la «comisión» del tribunal (de la que toman su nombre) pues si bien les corresponde realizar materialmente lo que ordena el decreto tal materialización va precedida de una actividad intelectual que parte de la interpretación del decreto, pasa por la identificación en la realidad de los referentes externos del mismo, y culmina con la actuación que sobre éstos últimos les corresponde y sólo con la medida que señala el decreto. Si bien esta actividad intelectual puede ser extremadamente automática y sencilla, también puede ser algo más compleja, como ocurre en el caso que nos ocupa. En estos casos de mayor complejidad forma parte de la actividad intelectual de la comisión la búsqueda de la información relevante que pueda esclarecer el sentido del decreto de ejecución que actúan (y aun de la orden general de ejecución y el título ejecutivo que están en su origen).

Si a partir de los datos obtenidos *in situ* por la comisión no se pudises ajustar interpretativamente a la realidad urbanística el decreto de concreción de medidas ejecutivas, la comisión tendrá que interrumpir la diligencia, de modo que el secretario pueda subsanar la discrepancia advertida, mediante un nuevo decreto o, incluso, un auto, cuando la interpretación requerida para acomodar el decreto a la realidad urbanística requiere una interpretación del título distinta a la efectuada por el juez en la orden general de ejecución, afectando, por tanto, a la extensión

de la acción ejecutiva —art. 551.2.4.º LEC—. Tanto el decreto como el auto podrán ser impugnados conforme a lo previsto en el art. 563 LEC.

### *6.2.2. Identificación de los asistentes a la diligencia*

La comisión judicial debe identificar a todas las personas presentes en la diligencia comprobando que son los citados a la misma: funcionarios de la oficina judicial (los miembros de la propia comisión), funcionarios de la Administración de Justicia como médicos forenses o el personal integrado en las oficinas de apoyo, los funcionarios y demás personal de las distintas Administraciones Públicas (incluida la Policía Judicial), cualesquiera particulares convocados por el tribunal (o presentados por las partes en el momento de la diligencia y cuya colaboración sea admitida por la comisión habilitada para ello en el decreto de medidas ejecutivas)<sup>329</sup>, los procuradores y abogados de las partes así como las partes mismas. La identificación debe ser nominativa haciendo constar los datos de cada una de las personas que intervienen y la adscripción, calidad o condición precisa con la que intervienen.

La finalidad de esta tarea es asegurar la integración de la actividad desplegada por los distintos intervinientes en la actuación jurisdiccional. Como hemos sostenido, aunque la actividad concreta proceda de sujetos de características diferentes, toda la actividad desarrollada es imputable al tribunal: se realiza en cumplimiento de la función jurisdiccional, por iniciativa y bajo la dirección de los agentes comisionados por el tribunal. Una concreta repercusión de esta sumisión es que la responsabilidad de la actuación de los distintos sujetos intervinientes se podrá imputar, en último término, a la actuación del tribunal (sin perjuicio de la responsabilidad personal de quien cometa una infracción o de la propia de la Administración de la que dependan). Además, la exigencia de identificación de cuantos asisten a la diligencia de lanzamiento es una de las garantías necesarias para que los desalojos sean conforme a las normas internacionales sobre derechos humanos. Diversos órganos del Sistema de Naciones Unidas han afirmado que «los funcionarios gubernamentales, sus representantes y las personas que ejecutan el

---

<sup>329</sup> Vid. SANTOS MARTÍNEZ, Albert M., *La ejecución del desahucio de vivienda*, 2009, cit., pág. 298.

desalojo deben identificarse a las personas que van a ser desalojadas y presentar una autorización oficial para el desalojo»<sup>330</sup>.

Tras la identificación, la comisión debe solicitar que abandonen el lugar todos los presentes cuya intervención en la diligencia no esté prevista. La anterior exigencia es válida no sólo en el momento de inicio de la actividad (tras identificar a los presentes) sino también durante el desarrollo de la misma, de modo que los distintos intervinientes deberán ser invitados por la comisión a abandonar el inmueble una vez hayan cumplido la función para la que fueron convocados (por ejemplo, el portero del inmueble, vecino o cerrajero, una vez han franqueado el acceso al inmueble, deben retirarse del lugar, sin acceder al mismo, sin perjuicio de quedar —en caso de ser necesario para alguna colaboración posterior— a disposición de la comisión judicial). La potestad para dirigir esta orden de abandono tiene amparo en los arts. 118 CE y 17 LOPJ y se justifica por el deber del tribunal de garantizar la tutela efectiva de todos los derechos de las partes intervinientes incluida la vida privada de los ocupantes y la efectividad de la tutela. La vida privada y familiar de los ocupantes se verá necesariamente perturbada por la diligencia de lanzamiento, como parte consustancial de la responsabilidad que les corresponde asumir, pero esta perturbación debe ser conforme al principio de proporcionalidad, es decir, de una intensidad ajustada a las necesidades de eficacia de la diligencia, excluyéndose, en principio, la intromisión de cualesquiera terceros ajenos a la misma que puedan provocar riesgos, molestias o perturbación, en general, de la intimidad. Por otra parte, la presencia de un número excesivo de personas puede dificultar la identificación de los ocupantes y, en general, crear una confusión que perjudique la eficacia de la ejecución e incluso favorezca la vulneración de derechos de los ocupantes al hacer más dificultosa la consideración pausada de circunstancias de hecho y de derecho que afectan al lanzamiento; por consiguiente, es exigencia del principio de proporcionalidad que se ajuste el número de sujetos presentes en la diligencia a las necesidades de la misma. Según lo expuesto, también la presencia de terceros debe ser autorizada aun en

---

<sup>330</sup> Vid. Observación General n.º 7 (1997) del CDESC (UN doc. E/1998/22, anexo IV y E/C.12/1997/4, § 15) y en los Principios y Directrices sobre desalojos por motivos de desarrollo (UN doc. A/HRC/4/18/Anexo I, 2007, § 49).

el caso de aquellos que cuenten con el beneplácito del ocupante (lo que dejaría al margen la vulneración a la intimidad): vecinos, amigos, familiares, observadores de una asociación o de una entidad pública, etc.

En principio, sólo podrán estar presentes en la diligencia los sujetos que figuran en el decreto o decretos de medidas ejecutivas dictados por el secretario judicial y que la comisión hace cumplir. Pese a ello, la solicitud, formulada *in situ*, por el procurador de alguna de las partes (de ser preceptiva la intervención letrada) o por la propia parte (de no serlo) será resuelta por la propia comisión interpretando el decreto que debería contener, al menos, aquellas instrucciones genéricas que permitan adecuar la actuación al caso concreto. De no contener indicaciones en tal sentido y para evitar dilaciones indebidas, la comisión debe actuar según un criterio racional en los casos sencillos que puedan presentarse (presencia en el inmueble de algún familiar, vecino o amistad), aunque deberá interrumpir la diligencia en los casos más complejos (presencia de un gran número de personas que no se identifican). Los protocolos de actuación en el procedimiento de los servicios comunes podrían establecer criterios o directrices en este sentido para facilitar la homogeneización de las actuaciones de una misma oficina judicial; en todo caso, serán los decretos de medidas ejecutivas los que acojan y especifiquen dichas directrices para cada caso concreto según sus características.

### 6.2.3. Acceso al inmueble

#### a) Acceso franqueado por el ejecutado o los ocupantes.

En caso de haber concurrido a la diligencia el ejecutado o personas contra las que se dirija nominativamente la diligencia (también partes según el incidente regulado en el art. 704.2 LEC) se deberán dirigir a ellos las órdenes correspondientes de apertura. También a los ocupantes distintos del ejecutado (familiares, huéspedes...) pueden ser requeridos para que abran. Sólo en caso de no poder comunicar con ellos, o de no obedecer éstos las órdenes recibidas de apertura, corresponderá acudir a otros medios. Tales órdenes pueden ir acompañadas de los apercibimientos de incurrir en delito o falta de desobediencia, sobre todo en

relación con el empleo de medios violentos de resistencia a la inminente actividad del Tribunal. Puede ser oportuno delegar en el procurador del demandado la mediación oportuna.

*b) Acceso al edificio o zonas comunes franqueado por terceros.*

Si el inmueble, como es frecuente, forma parte de una propiedad horizontal o se encuentra enclavado en otro no poseído en exclusiva por el ejecutado, sino por terceros con su propio y legítimo derecho, el inmueble puede verse franqueado por dichos terceros (vecinos del inmueble) o por sus empleados (porteros u otros dependientes). Esta sencilla gestión puede verse complicada si la preparación del lanzamiento ha sido defectuosa, no habiéndose dirigido los correspondientes requerimientos a porteros, vecinos o presidente de la comunidad correspondiente para que, o bien hagan presencia el día y hora del lanzamiento franqueando el acceso al inmueble, o bien depositen con antelación una copia de las llaves o dispositivos de acceso en el juzgado<sup>331</sup>. En caso de no poder acceder a las zonas comunes, el principio de proporcionalidad impide ejercer violencia sobre bienes de terceros y la diligencia tendrá que interrumpirse hasta poder comunicar con alguna de tales personas.

*c) Acceso al edificio por medio de la fuerza*

En caso de no poderse obtener el acceso pacífico al inmueble objeto de lanzamiento la comisión judicial podrá ordenar la entrada por otros medios, que dependen de la realidad material del mismo. De no disponerse de los medios adecuados habrá que suspender la diligencia a riesgo de que el empleo de medios inadecuados origine daños indebidos o desproporcionados.

---

<sup>331</sup> REDONDO GARCÍA afirma que «otro aspecto problemático puede darse cuando la Comisión judicial, tratándose de fincas urbanas, no puede acceder al portal del edificio, por no estar dotado de conserje o portero. En tales casos//la Comisión judicial puede requerir la colaboración de cualquier vecino del inmueble para que abra el portal y facilite el paso. Cuando ello no es posible la Comisión judicial suele suspender la diligencia. Para evitarlo es posible que el adjudicatario haya indagado quién es el Presidente de la Comunidad de Propietarios y puede pedir a la Comisión judicial que le dé a conocer a dicho Presidente como nuevo vecino y que le requiera para la entrega de la llave de acceso que le corresponde como nuevo propietario» (Redondo García, Fernando, *La entrega de la posesión en los procedimientos de ejecución de inmuebles*, 2003, cit., págs. 58 y 59).



Podemos establecer una sencilla clasificación de los obstáculos que deberá sortear la comisión judicial y los medios posibles para superarlos:

*i. Obstáculos materiales*

El obstáculo más habitual al acceso al inmueble objeto de desalojo será cualquier tipo de dispositivo de acceso (cerradura, candado o similar) cuya apertura por la fuerza requerirá el empleo de medios más o menos simples (desde una herramienta de corte —si se trata de cortar una simple cadena o un candado— hasta la intervención de un cerrajero —si se trata de desactivar una cerradura— o incluso otros profesionales más especializados —si se trata de puertas blindadas, dispositivos de alarma, etc.—<sup>332</sup>); al no tratarse de servicios públicos lo normal será acudir a profesionales privados en cuyo caso el ejecutante deberá haber solicitado del tribunal la autorización para que intervenga el profesional de su elección o el nombrado por el juzgado.

En principio, del gasto realizado se debe hacer cargo el demandante aunque éste se computará como parte de las costas de la ejecución sin necesidad de pronunciamiento expreso —habiéndose hecho excusión de otros medios menos gravosos: como pedir las llaves al portero del inmueble— (párrafo segundo del art. 539.2 LEC y art. 241.1.4.º LEC). Para asegurar su abono se puede solicitar el embargo previsto en el art. 700 LEC que puede desarrollarse previamente a la diligencia o durante la misma. No obstante la posible consideración del valor de la intervención del cerrajero (o similar) como un gasto para el demandante, no puede perderse de vista que la actividad de apertura forma parte de la prestación de entrega debida por el deudor, al ser una actividad de hacer (no personalísimo) instrumental de la entrega posesoria y, en tal sentido, puede ser sustituida con aplicación de las normas correspondientes a las prestaciones de hacer no personalísimo; según el apartado segundo del art. 709 LEC, en caso de que el ejecutante decida encargar el hacer a un tercero «se valorará previamente el coste de dicho hacer por un perito tasador designado por el Secretario judicial y, si el ejecutado no depositase la cantidad que éste apruebe mediante decreto, susceptible de recurso directo de revisión sin efecto suspensivo ante el Tribunal que dictó la orden general de ejecución, o no afianzare el pago, se procederá de inmediato

---

<sup>332</sup> Sobre este profesional vid. SANTOS MARTÍNEZ, Albert M., *La ejecución del desahucio de vivienda*, 2009, cit., págs. 261, 262 y 296.

al embargo de bienes y a su realización forzosa hasta obtener la suma que sean necesaria». Aunque se debe ser consciente del mayor gasto que genera este mecanismo, lo consideramos aplicable al menos en aquellos casos en que el demandante de ejecución carezca de recursos o el coste de la intervención se prevea elevado (complejos mecanismos de acceso, por ejemplo).

Otro obstáculo material al acceso al inmueble puede ser la presencia de animales (típicamente perros)<sup>333</sup>. Su retirada puede requerir la intervención de los servicios públicos o privados correspondientes. Hay que distinguir, no obstante, entre los animales de defensa del inmueble (frecuentemente situados en el exterior del mismo<sup>334</sup>) que serán considerados y tratados como un obstáculo al acceso al inmueble (por lo que consideremos aplicable a este caso cuanto hemos afirmado respecto de los dispositivos de acceso) y los de compañía que se hallan normalmente en el interior y que, en tanto se mantengan controlados por el ocupante y no presenten, según la percepción de la comisión judicial, resistencia a su presencia en el inmueble, sólo merecen el tratamiento propio de un bien mueble (semoviente).

No obstante, el animal de compañía, aun siendo bien mueble, no puede ser abandonado por el demandado con la pretensión de que el demandante lo haga suyo en los términos del art. 703.1 LEC. Debe considerarse éste uno de aquéllos casos en que la retirada del bien mueble forma parte de la entrega de posesión, habida cuenta de la limitación que representa al poder de hecho que supone la posesión y, por lo tanto, no se asimila a los restantes bienes muebles que quedan «abandonados a todos los efectos»; En este sentido, consideramos aplicables también a este caso las consideraciones que realizamos sobre los gastos de acceso al inmueble.

## ii. Obstáculos personales

Cualquier actitud activa o pasiva de resistencia a la entrada en el inmueble de la comisión judicial o de las personas que la acompañan, por parte del ejecutado, los ocupantes o terceros debe ser vencida mediante el empleo de la *vis compulsiva* y

---

<sup>333</sup> Como se encarga de recordar TORRES LÓPEZ, Alberto, *Los juicios de desabucio: 100 preguntas y respuestas*, Sepin, Madrid, 2007, pág. 124; Vid. igualmente SANTOS MARTÍNEZ, *ibidem*, págs. 248 y 296.

<sup>334</sup> SANTOS MARTÍNEZ, *ibidem*.

*ablativa* necesaria que requerirá, con frecuencia, el auxilio de las fuerzas y cuerpos de seguridad convocadas por el tribunal. En caso de no haber acudido por circunstancias imprevistas (la policía tuvo que atender una emergencia, se produjo un error en la tramitación del oficio...), será necesario interrumpir la diligencia reanudandola en una sesión inmediata si pudiera disponerse su intervención sin demora. No obstante, si en la actitud de resistencia hubiera menores o personas desvalidas, el ejercicio de la coerción debe encomendarse o realizarse con supervisión de personal especializado.

No debe confundirse este trámite de entrada de la comisión judicial, aun cuando sea forzosa, con la salida del ocupante u ocupantes como acto de consumación de la desposesión forzosa. Si los ocupantes, una vez accedida la comisión al inmueble, cesan en su conducta obstaculizadora de la diligencia, podrán permanecer durante el transcurso del resto de la misma, entendiéndose con ellos las actuaciones pertinentes. En este sentido, la intervención policial para vencer una eventual resistencia a la entrada no significa una transferencia del lanzamiento a la policía (transformándose a partir de dicho momento en una actuación administrativa de policía); al contrario, la intervención policial está subordinada a la finalidad jurisdiccional de la diligencia: conseguida la entrada, la intervención policial se debiera limitar a garantizar la seguridad de la comisión judicial (y quienes la acompañan) manteniendo el orden público durante el transcurso del resto de la diligencia (sin perjuicio de que vuelva a ser requerida su intervención para lograr el desplazamiento locativo de los ocupantes fuera del inmueble—cuando corresponda—). Todo lo dicho sin perjuicio de las responsabilidades penales en que se pudiera haber incurrido con tal conducta obstaculizadora, salvo que tal conducta sea merecedora de detención, en cuyo caso procederá ésta y no podrá continuar desarrollándose la diligencia a presencia del demandado

#### *6.2.4. Identificación e información a los ocupantes*

Sin duda, a efectos de la eficacia y proporcionalidad de la diligencia de lanzamiento, es de extrema importancia la comunicación con el ejecutado ocupante y con los terceros presentes en el interior del inmueble, dejando constancia de su identidad e informando a cada uno de ellos de sus obligaciones

y de sus derechos. De este modo, todos aquellos sujetos que no hayan concurrido a la diligencia como parte demandada, una vez constada su presencia al acceder al inmueble, serán invitados por la comisión judicial a identificarse y a expresar la razón de su permanencia en el inmueble. Esta conclusión la consideramos válida incluso en el caso de haber resistido la entrada.

Atendida la razón de su permanencia, las personas presentes en el inmueble pueden pertenecer a alguna de las categorías siguientes:

a) El demandado que figura en el título ejecutivo (y, por tanto, en la orden general de ejecución) y los ocupantes que el tribunal hubiera declarado sin derecho a permanecer en el inmueble mediante el incidente de intervención regulado en los arts. 704.2 y 675 LEC. En virtud de esta forma de intervención forzosa, estos sujetos quedan sometidos plenamente a la diligencia de lanzamiento y deben ser considerados partes pasivas del proceso de ejecución.

b) Las personas que dependen (posesoriamente) de los anteriores. El apartado segundo del art. 704 LEC hace referencia a ellos para excluirlos del incidente de intervención que regula. En cuanto el incidente regulado en el art. 704.2 LEC tiene por función determinar la sumisión a la ejecución del ocupante no demandado (o su derecho a permanecer en el inmueble), la exclusión del incidente de las personas «que con él [el demandado] compartan la utilización de aquél» implica que quedan *ex lege* sometidas a la obligación de abandono que corresponde al ejecutado.

Para determinar el significado que la LEC otorga al concepto de ocupantes que «comparten la utilización» del inmueble con el ejecutado, conviene interpretar dicha expresión a la luz de la empleada en el art. 704.1 LEC, que se refiere a los mismos sujetos, como personas que «de él [el ejecutado] dependan». En efecto, ambos artículos aluden a la misma categoría de personas expresada de dos maneras diferentes aunque complementarias. Las personas mencionadas tienen su vivienda habitual en un inmueble cuyo título (lícito o ilícito) habilitante de la posesión ostenta el ejecutado y al cual subordinan su propia posesión: su título o razón de ocupación no es autónomo sino subordinado o dependiente respecto del

ejecutado. Al tener una situación de ocupación del inmueble similar al demandado —comparten— (art. 704.2 LEC) deben disponer del mismo plazo de garantía que éste, en cuanto garantía material o sustancial dependiente de su situación habitacional; pero, en cuanto la razón jurídica de su ocupación es dependiente —dependen— (art. 704.1 LEC), su defensa jurídica es igualmente vicaria o dependiente (porque no tienen un título diferente) respecto de la del demandado: razón por la que no es necesario que participen en incidente declarativo alguno<sup>335</sup>: la extinción del derecho a la permanencia del ejecutado tal como manifiesta el título ejecutivo es también causa de la pérdida de su derecho de permanencia. La diferente terminología en uno y otro apartado obedece a la compleja elaboración parlamentaria del texto<sup>336</sup> y no a la intención de distinguir, como categorías diferentes de personas, entre las que «dependen» del ejecutado (art. 704.1 LEC) y las que «comparten» con él su ocupación (art. 704.2 LEC): todos son sujetos que «comparten» (como vivienda) el inmueble con el ejecutado sin un título autónomo<sup>337</sup> y, por ello, «dependen» de él en este aspecto posesorio. La única diferencia entre el supuesto de hecho de uno y otro apartado es que en el supuesto del apartado primero del art. 704 LEC los ocupantes

---

<sup>335</sup> En el mismo sentido, CORDÓN MORENO, cuando señala que «La Ley contempla, en primer lugar, la hipótesis de que el inmueble a entregar sea la vivienda habitual del ejecutado o de quienes de él dependan (entendiendo por tales “quienes con él comparten la utilización”, según el art. 704.2.I)» (Cordón Moreno, Faustino, *El proceso de ejecución*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2002, pág. 430).

<sup>336</sup> El art. 704 del Anteproyecto de LEC ya regulaba el incidente de intervención de terceros ocupantes, excluyendo del mismo, como ocurre con el texto vigente, al ejecutado y las «personas que de él dependan», pero no contenía, sin embargo, norma alguna sobre el plazo para el lanzamiento de vivienda habitual; el Proyecto de Ley mantenía esta regulación (y similares expresiones) en el art. 707, pero además, en una nueva norma (art. 706.2), otorgaba un plazo para el desalojo de vivienda habitual «al ejecutado» y las «personas que de él dependan»; Por tanto, en esta fase del proceso legislativo las personas destinatarias de ambas normas (exclusión del incidente y disfrute del plazo de lanzamiento) eran las mismas en uno y otro caso y se definían de igual manera por su dependencia del ejecutado. La Ponencia del Congreso fundió, mediante un texto transaccional y en respuesta a la propuesta del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso (enmienda n.º 601), las normas de los arts. 706.2 y 707 del Proyecto, en un único art. 707 con dos apartados (formándose así el texto del actual art. 704), pero en su apartado segundo modificó la expresión «quienes de él dependan» por «quienes con él comparten la utilización de aquel». La propuesta socialista, justificaba esta modificación por cuanto con ella «Se precisa más la figura de las personas dependientes del ejecutado, circunscribiéndolas a las que compartan con él la ocupación». En principio, pues, ambas expresiones aluden a los ocupantes del inmueble que dependan del ejecutado y la segunda tenía por función más bien restringir la primera expresión y no ampliarla o modificarla para el caso de inmuebles distintos de la vivienda.

<sup>337</sup> Cualquiera de los sujetos mencionados puede, al margen de su posición como empleado, familiar o huésped, ostentar derechos propios sobre el inmueble que deberán ser considerados separadamente pues pueden constituir el «título suficiente» que ampare su ocupación con independencia de la del sujeto ejecutado.

hacen uso del inmueble como vivienda, lo cual no es necesario en el supuesto del apartado siguiente, donde se incluyen también otras formas de uso.

En ocasiones podrá negárseles a tales ocupantes dependientes incluso la condición de poseedores, pues el poder del ejecutado sobre el inmueble impide que consoliden una verdadera posesión autónoma: el art. 444 CC excluye de la idea de posesión los actos «meramente tolerados» por el poseedor. En estos supuestos, el ocupante depende del ejecutado de modo permanente, no llegando a adquirir una posesión autónoma: es la situación del invitado en casa ajena que es distinta de la del precarista<sup>338</sup>. Es, asimismo, la situación del empleado que reside en la casa de su empleador como forma de realizar su prestación laboral<sup>339</sup>.

Pero en otros casos, se tratará de supuestos de co-posesión, si bien operando dicha posesión a través de la representación del ejecutado, de modo que la defensa por el ejecutado de su posición jurídica (en el proceso tanto declarativo como ejecución) se considera efectuada igualmente en su beneficio y defensa sin que tampoco en este momento ostenten una legitimación autónoma. Este último es el caso de los menores,

---

<sup>338</sup> CABALLERO GEA señala en este sentido que «[...] si bien nuestro CC se inspira en un amplio concepto de la posesión (art. 430 y 432 CC) y se caracteriza, siguiendo al derecho canónico, por una amplia generosidad en el otorgamiento de la protección interdictal (arts. 446 CC y 1651 LEC), no deja de señalar límites al concepto mismo de la posesión, al no configurarse como situaciones autónomas, como ocurre con los actos del mero “servidor de la posesión” (el que ejerce la posesión de otro) y también aquellos otros en que debe suponerse que el verdadero poseedor (no ya sólo jurídico sino también material), sigue siendo el mismo, pese a que otra persona, por condescendencia o simple tolerancia del primero, realiza actos limitados de uso o aprovechamiento de la cosa.

En estos casos se trata de tenencias de mínima significación (actos meramente tolerados dice el art. 444 CC), que no constituyen la condición de poseedor a quien los realiza y por consiguiente tampoco autorizan para ejercitar las acciones interdictales frente al verdadero poseedor pues ello sería absurdo. La posesión, en suma, debe aparecer revestida de una cierta autonomía tanto desde el punto de vista objetivo como del subjetivo (ánimo de tener la cosa con independencia)[...] (STS 20-10-1980)» (Caballero Gea, José Alfredo, *Los interdictos de retener o de recobrar y de obra nueva*, Dykinson, Madrid, 1996, segunda edición págs. 147 y 148)

<sup>339</sup> En este sentido, ORTELLS RAMOS, se refiere a ellos como «personas que ocupan el inmueble por cuenta y con sujeción a las instrucciones del titular de la posesión, como, por ejemplo, los vinculados al ejecutado por una relación de trabajo»; sin embargo, distingue de estos servidores de la posesión a otra categoría de sujetos (a los que también considera incluidos en la mención a «personas dependientes» del art. 704 y, por tanto, excluidos del incidente) a quienes «ocupan el inmueble en calidad de representantes o mandatarios del poseedor» (Ortells Ramos, Manuel, *La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, La ley, Madrid, 2005, pág. 165; también en Esther González Pillado y María José Carrazoni Fuertes (Coord.), *III Jornadas sobre la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. La ejecución* (Santiago de Compostela-2003), Ilustre Colegio de Procuradores de Vigo, 2003, pág. 319).

que, según el art. 443 del CC, necesitan la asistencia de sus representantes legítimos<sup>340</sup>. Los padres o tutores, en este caso, tienen el deber de mantener dicha posesión para los menores<sup>341</sup>. También en esta situación puede encontrarse el cónyuge del ejecutado cuando no ostente un derecho autónomo sobre la vivienda familiar (por ser esta ganancial o por disponer de un derecho sobre la misma atribuido por sentencia judicial de separación, nulidad o divorcio, por ejemplo)<sup>342</sup>. Sin embargo, la protección de la vivienda familiar hace que la situación del cónyuge, incluso del que no ostenta un derecho autónomo sobre la vivienda, merezca un tratamiento separado al atribuirle algunas leyes derechos específicos<sup>343</sup>

---

<sup>340</sup> Según LACRUZ BERDEJO, «[...] el art. 443 parece presuponer tal representación (aunque habla impropriadamente de asistencia), como único medio de que disponen los incapaces para cualquier ejercicio que exceda de la conservación de su derecho; pues si, según su letra, “los menores y los incapacitados pueden adquirir la posesión de las cosas; pero necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor”» (Lacruz Berdejo, José Luis, *en Elementos de Derecho Civil. III. Derechos reales. Vol I. Posesión y propiedad*, 3.ª ed., J. M.ª Bosch, Barcelona, 1990, pág. 85).

<sup>341</sup> Sin embargo, debe notarse que el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor y de Modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece, con carácter general, el derecho del menor a ser oído en todo procedimiento administrativo o judicial en el que se adopten decisiones que repercutan sobre su esfera personal. Según GUZMÁN FLUJA y CASTILLEJO MANZANARES, «[...] esta norma debe inspirar una nueva interpretación de los preceptos específicos contenidos en la LEC, para darles un contenido real y efectivo en orden a garantizar la audiencia de los menores de edad en todos los procesos judiciales en los que puedan ver afectados sus derechos, [...]» (Guzmán Fluja, Vicente Carlos; Castillejo Manzanares, Raquel, *Los derechos procesales del menor de edad en el ámbito del proceso civil*, Subsecretaría de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, pág. 82).

<sup>342</sup> Para el caso de vivienda familiar arrendada por uno de los cónyuges el TC señala, (bien es cierto que *obiter dicta*), que, respecto al otro «[...] no se puede negar a la que recurre [...] su derecho a la posesión arrendaticia adquirido mediante contrato suscrito por su marido (alquiler de vivienda para uso familiar), el cual, aunque fuera el único firmante del contrato, no por eso puede ostentar la exclusiva ni de la titularidad, ni de la posesión, obviamente posesión común o coposesión (posesión indivisa admitida por el artículo 445 del Código Civil). Será, sí, la del marido, una titularidad formal a los efectos de terceros e incluso procesal caso de contienda, pero sin que ésa suponga que en su ejercicio pueda disponerse del derecho que el título le concede con desprecio o menoscabo de otros intereses legítimos y menos de los cotitulares materiales (esposa e hijos). Esto lo prohíbe el art. 7.º del Código Civil y el 10 de la CE (respecto al derecho de los demás)» (STC 135/1986, de 31 de octubre, FJ. 6.º).

<sup>343</sup> la posición que respecto al lanzamiento corresponde al cónyuge del ejecutado debe ser considerada con cautela pues con relación al inmueble objeto material del lanzamiento, puede ostentar derechos propios y autónomos respecto a los de su cónyuge ejecutado. En ocasiones estos derechos constituirán un «título suficiente» frente al acreedor ejecutante para impedir que la ejecución afecte a su esfera jurídica. En otras ocasiones los derechos del cónyuge ejecutado sólo podrán ser sometidos a la ejecución (y, por consiguiente, lanzados del inmueble que ocupa) garantizando su intervención previa en el proceso de ejecución. Esta cuestión merece un tratamiento monográfico que se aleja excesivamente del objeto de nuestro estudio.

(art. 1320 CC y 12 y 15 LAU<sup>344</sup>). En resumen, los ocupantes dependientes que comparte la vivienda con el ejecutado carecen de derechos procesales propios y autónomos para oponerse a la ejecución y, por ello, pueden ser sometidos a la actividad procesal sin derecho a intervenir como partes en la misma: a ser notificados<sup>345</sup>, a interponer recursos, a formular pretensiones...<sup>346</sup> De algún modo, su posición en juicio queda amparada por la actuación del ejecutado a cuya esfera de interés y a cuya liberalidad quedaban sometidos.

c) Ocupantes distintos de los anteriores que afirmen ser ocupantes del inmueble y no tener relación de dependencia posesoria con el ejecutado. Su presencia

---

<sup>344</sup> Como indica la sentencia citada en nota anterior, «[...] el art. 96 “in fine” de ese Código prescribe que “para disponer de la vivienda cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”. Esto indica, aparte de que el precepto parece referirse a la disposición dominical (enajenación o gravamen), que, en buena interpretación no puede alterarse unilateralmente la disponibilidad posesoria de la vivienda y que el consentimiento de ambos cónyuges convierte el interés en derecho “*ope legis*”, o, lo que es lo mismo, que los dos cónyuges ostentan y tienen atribuido el derecho que el contrato de arrendamiento configura. Igual atribución, por otra parte y para situaciones normales -no como la traumática de separación del art. 96 del Código Civil- establece el art. 1.320 del mismo Código, al exigir el consentimiento de ambos cónyuges (o en su caso del Juez) para “disponer de los derechos sobre la vivienda habitual [...] aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de ellos”. Normas ambas que responden a la moderna tónica legal de protección del interés común familiar, que viene a configurar a la familia como sujeto colectivo, como titular comunitario» (FJ 6).

<sup>345</sup> Al respecto, la «Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en orden a una mayor agilidad de los desahucios por falta de pago, y de ayuda a situaciones de alta vulnerabilidad social» (Proposición 122/000010, presentada en el Congreso el 1 de abril de 2008) en el número dieciocho de su artículo 2.º (Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil), propone añadir al art. 704 LEC un apartado 3 cuyo párrafo quinto tendría la siguiente redacción: «Se presumirá que los convivientes en la vivienda tienen relación de dependencia con el demandado, y la ejecución les alcanzará sin necesidad de notificación expresa a los mismos».

<sup>346</sup> FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, por el contrario, entiende que el sometimiento a la ejecución de estos sujetos y su exclusión del incidente de intervención se debe a que son excluidos como terceros y asimilados a las partes. Para este autor «[...] la Ley utiliza un concepto especial de tercero: no lo es cualquier persona distinta del ejecutado, puesto que a este último se le asimilan las personas que compartan con él la utilización del inmueble» (Fernández-Ballesteros, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Iurgium, Madrid, 2001, pág. 422, nota 31). En nuestra opinión, es cierto que se les «asimila» a las partes en cuanto quedan, como éstas, excluidos del incidente, pero no «son» partes, pues no son los titulares de los derechos y deberes procesales, sino que, al contrario, quedan diferenciados tanto de las partes como de aquellos terceros que por pretender ser titulares de una posición autónoma frente a la ejecución, quedan legitimados a participar en el incidente. ORTELLS destaca a este respecto que el art. 704.2 «somete directamente —en el sentido de que no es necesario que no intermedie ninguna actividad declarativa complementaria— a los actos de lanzamiento o desalojo forzoso al ejecutado» (pág. 163). Son terceros excluidos del incidente por una valoración *prima facie*.



deberá, en principio, originar la suspensión del lanzamiento en los términos previstos en los arts. 704 y 675 LEC.

El art. 704.2 LEC contempla, en efecto, la situación de ocupantes distintos del ejecutado que, además, no dependen del ejecutado. Estos ocupantes deben intervenir en el proceso de ejecución mediante un incidente regulado en el propio artículo 704.2 LEC y desarrollado en los apartados 3 y 4 del art. 675 de la misma. Como resultado del incidente dichos terceros pueden quedar sometidos a la ejecución en dos supuestos: cuando no tengan «*título suficiente*» y cuando sean ocupantes «*de mero hecho*»<sup>347</sup>. El primer supuesto es el de aquel ocupante que

---

<sup>347</sup> Sin embargo, podemos notar que la posesión adquirida por mera ocupación (adquisición originaria de la posesión), es también una situación jurídica dotada de protección a través de acciones posesorias. El ocupante puede ampararse en la mera tenencia (la posesión como hecho o posesión de mero hecho) como razón justificativa para exigir su mantenimiento o recuperarla en caso de pérdida. La ocupación en sí misma, es origen, por tanto, de un derecho, el denominado *ius possessionis*, protegido mediante las acciones posesorias. Quien pretende que ceda el poder de hecho que otro ostenta sobre un inmueble (mediante su ocupación) debe demostrar una razón jurídica que le obligue a ello y, en principio, el ejecutante sólo ha mostrado tal razón frente al ejecutado. El ejecutante, en principio, debería demostrar su mejor derecho a poseer (*ius possidendi* o *ius possessionis* del que da cuenta el título ejecutivo) ejercitando la acción procesal adecuada. En este sentido, la jurisprudencia anterior a la LEC 1/2000 fue, en algunos casos, muy rigurosa, impidiendo que la ejecución se extendiera al «ocupante de mero hecho» considerando que se hallaba amparado por el mero hecho posesorio y que, por consiguiente, sólo a través del proceso correspondiente podía ser despojado de su posesión, según establece el art. 446 del CC. Esta interpretación rigurosa fue la que sostuvo el Tribunal Supremo en Sentencias como la de 6 de junio de 1988 (RJ 1988, 4818) o 26 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7072). Si bien en la segunda de las citadas el ocupante exhibió un título, la *ratio decidendi* del fallo no se amparaba en la existencia de éste, sino que venía a sostener que bastaba con la posesión de hecho del ocupante, amparada por el art. 446 CC para exigir al ejecutante el recurso a un pleito autónomo contra dicho poseedor, pues de lo contrario «el lanzamiento de la finca afectaría a una persona que no fue parte en el pleito y cuyo derecho o interés al respecto no quedaron resueltos en el mismo [...] el hecho material de estar un tercero en la posesión de la finca en cuestión y no haber sido oído y vencido en juicio, por lo que en principio, merece la protección dispensada por el artículo 446 del código civil» (FJ 4.º). Frente a esta corriente, la LEC de 2000 parece haber establecido una presunción a favor del ejecutante y amparada en el título ejecutivo, por la cual éste tiene derecho no sólo a obtener la entrega del inmueble frente al ejecutado sino frente a todo ocupante. Se impone así al ocupante la carga (mediante la inversión del contradictorio que se opera con el incidente que nos ocupa) de desmontar la presunción, amparándose para ello (y probando en el curso del incidente) en un título jurídico que, y esto es lo importante ahora, sea distinto de la mera ocupación. El título ejecutivo sería, en este sentido, el fundamento no sólo de la ejecución, sino de una extensión de responsabilidad, operando para ello la mencionada presunción *iuris tantum* frente al ocupante dotado de título (que podrá demostrar que su título ampara la ocupación que ostenta), pero que sería presunción *iuris et de iure* frente al ocupante de mero hecho. En este sentido, el incidente opera frente al poseedor sin título como una especie de acción posesoria basada en el mejor derecho a poseer. Una cierta naturaleza interdictal le atribuye FAIRÉN GUILLÉN quien afirma que «Lo que la LEC regula en sus artículos 661 y ss. se parece —o es— a un interdicto, tanto en el sentido romano como en el actual español» y, en particular, una especie de interdicto de adquirir (Fairén Guillén, Víctor, «Los “okupas” en la Ley de

tiene un título jurídico que habilita, *prima facie*, una posesión, pero tal posesión no es bastante para vencer la posición jurídica ya acreditada por el demandante en el proceso precedente que tiene mejor derecho a poseer. El segundo supuesto es el de aquel ocupante que no tiene como fundamento de su posición título alguno más allá de su mera posición como ocupante, es decir, el poseedor de mero hecho.

Determinada mediante el incidente de intervención la condición de ocupante de mero hecho o sin título suficiente, quedará este tipo de tercero ocupante sometido al lanzamiento y este se reanuda dirigiéndose la actividad ejecutiva contra él, como parte del proceso de ejecución: habrá dejado de ser tercero. El incidente actúa como una modalidad de intervención forzosa<sup>348</sup>. Si el inmueble es la vivienda habitual de este interviniente será preciso otorgarle el plazo de garantía reabriéndose para él la fase cooperación<sup>349</sup>.

---

Enjuiciamiento Civil», en Revista de Derecho Procesal, año 2004, n.º 1-3, pág. 609). Como «interdicto de recobrar la posesión» GONZÁLEZ PILLADO Y CANDAL JARRÍN, para quienes el «[...] art. 675.3 [...] evita a los ocupantes —y al adquirente— que tengan que acudir a ningún otro proceso posterior para el posible reconocimiento de su *ius possessionis* o su *ius possidendi*, como ocurría con la LEC de 1881» (González Pillado y Candal Jarrín, págs. 234 y 235). Esta cuestión es merecedora de un tratamiento monográfico que excede del objeto de nuestro estudio.

<sup>348</sup> FAIRÉN GUILLÉN ofrece, en nuestra opinión, una acertada caracterización del incidente (aun cuando, debido al contexto en que la hace, limita su análisis a un específico tipo de ocupantes con peculiares características) al exponer que es «[...] una incidencia del proceso en situación de ejecución forzosa, con terceros y no a través de una tercería. Tiene carácter declarativo ya que los *okupantes*, si comparecen, pueden “alegar y probar lo que consideren oportuno con respecto de su situación”. Y sumario, ya que los derechos de los mismos quedan deferidos “el juicio que corresponda” —el plenario—, que será uno de los dos ordinarios de la LEC. Para las primitivas partes, tiene carácter de incidente declarativo en la ejecución, mas para los *okupantes* abre la puerta definitivamente a su expulsión del inmueble; y ello es más que un simple incidente. Es un juicio declarativo sumario, referente al hecho de su estancia en el referido inmueble. La LEC no parece preocuparse más de lo que en realidad es ese juicio sumario en problema tan trascendente como el de la propiedad de inmuebles» (op., cit., pág. 607). Como señala SEGOVIANO ASTABURUAGA «[...] no siempre la legitimación activa y pasiva vienen determinadas por el título. Hay que señalar que existen supuestos en que personas diferentes a las que figuran en el título como acreedor y deudor, o si se prefiere como ejecutante y ejecutado, están legitimadas activamente para instar la ejecución o pasivamente para soportar que contra ellos se despache ejecución» (Segoviano Astaburuaga, María Luisa, «art. 538», en *Comentarios a la Nueva LEC*, Lex nova, Valladolid, 2000, págs. 2521-2331).

<sup>349</sup> En nuestra opinión, el tercero-ocupante, considerado parte procesal a través del incidente, será titular de todos los derechos procesales correspondientes a éstas en la fase procesal, más allá del derecho al plazo regulado en el art. 704. Tratándose de una verdadera parte, le corresponde, sin necesidad de mayores justificaciones, la situación jurídica de ésta, debiendo el proceso desenvolverse frente a ella con las mismas garantías que frente a todo ejecutado. Por consiguiente, aun no tratándose de su vivienda habitual deberá otorgársele el plazo de desalojo que menciona el art. 699 y que, como argumentaremos más adelante, corresponde al ocupante en caso de lanzamiento; para PÉREZ DEL

Un caso peculiar se produciría cuando el tribunal ya se hubiera pronunciado sobre el derecho de los ocupantes del inmueble distintos del ejecutado declarando su falta de derecho a permanecer en el inmueble y en la diligencia de lanzamiento aparecieran nuevos sujetos, distintos de los anteriores intervinientes, alegando un derecho propio y autónomo a permanecer en el inmueble. Esta circunstancia exigiría del tribunal analizar, *prima facie*, la posibilidad de abuso de derecho (se conocía el procedimiento y nada se dijo) o de fraude procesal (los ocupantes han entrado después de iniciado el proceso de ejecución) y, con este fundamento, rechazar razonadamente el incidente considerando a tales ocupantes como terceros (art. 11 LOPJ y 247.2 LEC). Quienes conocedores de la existencia de una

---

BLANCO «Una vez tomada una decisión favorable a la entrega material del inmueble al acreedor se ha de aplicar lo previsto en el art. 704.1 LEC en cuanto a la concesión de un mes para hacer efectiva la entrega antes de proceder al desalojo material. Esto se justifica en primer lugar por el tenor de la propia LEC ya que al referirse el precepto al “ejecutado”, término al que se debe dar en este caso una interpretación amplia, se ha de entender incluido en el ámbito subjetivo de aplicación todo sujeto sobre el que recae la actividad ejecutiva, y más en concreto también a los ocupantes distintos del condenado. Y, además, porque no existe lógica alguna para establecer una discriminación de este tipo, dado que si ese plazo es considerado como de “humanidad”, no existen razones para privar de la misma al tercero ocupante, siempre claro está que sea su vivienda habitual» (Pérez del Blanco, Gilberto, *La ejecución no dineraria en la nueva LEC (Condenas de hacer, no hacer y dar)*, Universidad de León, 2001, pág.137 y 138). En el mismo sentido, CARBALLO PIÑEIRO, pues «Afecta a derechos básicos de la persona, que decaen ante el superior derecho del ejecutante. Por esta razón, a mi juicio, el apercibimiento de que se va a realizar es necesario cuando se afecta a la vivienda de una persona inclusive porque el desalojado es el ocupante, con independencia de que sea el ejecutado o un tercero que puede tener conocimiento del proceso en el momento en que va a ser desalojado. El apercibimiento de lanzamiento concede un tiempo razonable para que el tercer ocupante pueda ejercitar su derecho de defensa en el caso de que pueda paralizar la ejecución. En efecto, el ejecutante puede solicitar el desalojo del ejecutado, que puede ser tanto quien se halle designado nominatim en el título ejecutivo como quien sucede a éste, inter vivos o mortis causa, en su posición jurídica. Pero, además, el juez ejecutor, para poner al ejecutante en la posesión material del inmueble, puede desalojar a quien carezca de título para oponerse; caso en el que se halla el ocupante de hecho, el precarista, o un administrador. Se trata de personas que pueden alegar la tenencia del bien, //pero no pueden oponer derecho alguno que les permita continuar en la misma» (Carballo Piñeiro, Laura, *Ejecución de condenas de dar*, J. M.<sup>a</sup> Bosch Editor, Barcelona, 2001, págs. 329 y 330). También ARANGÜENA FANEGO se inclina por la opción favorable a la concesión de dicho plazo, expone que «La opinión negativa al respecto podría justificarse en la propia sistemática del artículo, que parece querer diferenciar netamente las situaciones reguladas en los dos apartados vinculando el plazo con su eventual prórroga a la situación de que el inmueble fuera vivienda habitual del ejecutado, y remitiendo en cambio el apartado segundo regulador de la situación de la vivienda ocupada por terceras personas al artículo 675 pero sin contener la más mínima indicación a lo prevenido en el apartado primero. La opinión contraria, favorable a la observancia del plazo del mes se basaría tanto en una interpretación teleológica cuanto sistemática tomando en consideración la necesidad de conceder un plazo de humanidad para llevar a cabo el desalojo puesto que si éste se concede al ejecutado que desde el primer momento es consciente de la obligación que tiene de abandonar el inmueble, con igual o mayor motivo ha de concederse al tercero que ha podido permanecer ajeno a //la situación existente y a la que ahora se avecina» (Arangüena Fanego, Coral, «comentario al art. 704», cit., págs. 3658 y 3659).

ejecución en curso y a pesar de la misma (o precisamente con este motivo) pretenden entorpecer la ejecución y entran de este modo el inmueble no tienen derecho alguno a intervenir en el proceso sino únicamente el deber jurídico-público (art. 118 CE, 17 LOPJ) de someterse al mismo como cualquier tercero ajeno al proceso. Sin embargo, la duda respecto a la posición jurídica de estos ocupantes exigirá la tramitación del incidente previsto en la LEC. Facilitará este enjuiciamiento *prima facie* haber adoptado en su día medidas cautelares tendentes a asegurar que no se altera el *statu quo* posesorio del inmueble (vid. cap. 2, § 3.3.4). En todo caso, esta resolución debe dictarla el juez mediante auto, pues supone delimitar (negativamente, para excluirlos como sujetos pasivos) el ámbito subjetivo de la intervención del tribunal, lo que corresponde a la orden general de ejecución (art. 551.2.1.º LEC).

d) Terceros presentes en el inmueble pero que no lo ocupan. Se trata de ocupantes sólo en el sentido de que se hallan físicamente en el inmueble pero que no lo habitan o residen en él, ni ostentan posesión (en cuanto hecho con apariencia de derecho) sobre el mismo. Esta circunstancia puede resultar de su propia declaración si, paladinamente, alegan ante la comisión judicial que no mantienen vínculo con el inmueble y que su presencia es meramente ocasional y obedece a razones familiares de amistad o, incluso, a razones de apoyo por motivos de conciencia (por razones políticas, sociales, reivindicativas, etc.). Pero tal evidencia, también puede provenir de los propios actos del ocupante en cuanto expresen tácitamente su verdadera naturaleza (entrada en el inmueble a presencia de la comisión judicial, por ejemplo, y, en general, los casos en que las circunstancias evidencian, *prima facie*, su verdadera naturaleza como hemos mencionado en el supuesto anterior). No se puede olvidar que existe una historia procesal previa en la que se habrán vertido declaraciones de parte, se pueden haber adoptado medidas cautelares e incluso (sería deseable) se puede haber producido el desplazamiento de la comisión judicial al inmueble objeto de desalojo haciendo constar la realidad de la ocupación. Entendemos que, en este sentido, opera el principio de adquisición procesal y el Juez puede valorar aquello que ya conoce por anteriores actos procesales aunque tuvieran una finalidad distinta. En otras ocasiones, sin embargo, la presencia de ocupantes en el inmueble a cuya entrega debe procederse no va acompañada de

datos que permitan conocer *prima facie*<sup>350</sup> el carácter fraudulento de la presencia de los terceros, sea porque el ocupante alega un título diferente del que realmente tiene, sea porque mantiene silencio sobre su posición y esta no se evidencia con claridad de otros elementos, debiendo la comisión judicial interrumpir la diligencia para que el secretario judicial pueda acordar, con suspensión de la diligencia, el desarrollo del incidente de intervención del art. 704.2 LEC. No obstante, en el decreto de medidas ejecutivas que regula la diligencia puede prever la presencia en el inmueble de tales terceros, ordenando a la comisión la entrega al ocupante de que se trate el requerimiento de presentación de títulos conforme al art. 704.2 LEC.

La diferente condición de los sujetos presentes en el inmueble puede venir determinada por la orden general de ejecución (o el auto del juez que matice o delimite —positiva o negativamente— el alcance subjetivo de la ejecución con el mismo contenido de dicha orden); el decreto (o decretos) que concretan medidas ejecutivas (identificando, por ejemplo, nominativamente, a los familiares del demandado o, como consecuencia de una medida cautelar, los sujetos que ocupaban el inmueble en un determinado momento del proceso) o el auto que resuelva el incidente relativo a terceros contemplado en los arts. 661, 675.2 y 704.2 LEC. De otro modo, la comisión, desconociendo la condición de tales sujetos y careciendo de potestad de juzgar, salvo en aquellos casos en que dicha condición sea evidente (hijos menores, colectivo identificado mediante camisetas y pancartas, etc.) o no discutida por los mismos sujetos, (en cuyo caso deberá dispensarles el tratamiento correspondiente a cada colectivo según su naturaleza) deberá interrumpir la diligencia para que la cuestión sea decidida por el secretario judicial mediante decreto o, incluso, por el juez mediante auto.

---

<sup>350</sup> Según SALINAS MOLINA «Recibidas en plazo las posibles alegaciones y, en su caso, las justificaciones documentales de los ocupantes o transcurrido el mismo sin tal aportación ni alegación, el tribunal deberá decidir lo oportuno. De resultar expresamente de lo actuado que los terceros ocupantes no se oponen al posible lanzamiento o que aceptan ser ocupantes de mero hecho o sin título suficiente que justifique la ocupación, podría decidirse directamente el desalojo. De no darse tal consentimiento o aceptación por los ocupantes, bien por no efectuar alegación ni aportación documental alguna o bien por oponerse, directa o indirectamente al lanzamiento, cabe entender que será el momento procesal adecuado para que, en su caso, el ejecutante pueda pedir al tribunal el lanzamiento de quienes considere ocupantes de mero hecho o sin título suficiente» (Salinas Molina, Fernando, «Ejecución por obligación de entrega de bienes inmuebles: ocupantes de inmuebles que deban entregarse» (DROP\_1507), en AA.VV., *El Proceso Civil*. Tomo VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, edición digital).

También es posible (y frecuente) que al efectuar la entrada no se encuentren ocupantes en el inmueble. Esta circunstancia puede obedecer a varias razones:

a) Una de ellas es que el inmueble sea de aquellos cuya posesión no tiene lugar mediante su ocupación permanente (como una vivienda de temporada) en cuyo caso el decreto de ejecución contemplará esta circunstancia, que podrá haber sido ya prefijada en la orden general de ejecución (a la que corresponde hacer «las precisiones que resulte necesario realizar respecto ... del contenido de la ejecución, según lo dispuesto en el título ejecutivo»: art. 551.2.4.º LEC). El ejecutado habrá sido debidamente citado a la diligencia y su ausencia no puede ser motivo de suspensión de la misma.

b) Otra posible razón de ausencia del ejecutado es que el ocupante se halle ocasionalmente ausente (vivienda cuyo ocupante está en el trabajo o ha salido). Nuevamente la debida citación al acto excusa la interrupción de la diligencia, sin perjuicio de que personado en el inmueble de forma sobrevenida se realicen con él las actuaciones pertinentes.

Puede concebirse el caso de que el ocupante del inmueble que se halle ocasionalmente ausente no sea el ejecutado o persona dependiente. Quizá esta circunstancia sea difícil de evidenciar, pero no imposible: cabe que el portero del inmueble o un vecino dé cuenta de la identidad del ocupante y que ésta no coincida con la del ejecutado; también es posible que la propia Comisión advierta esta discrepancia de a partir de diversas fuentes (letrero en la puerta del domicilio, pertenencias personales...). En este caso, la evidencia de estar procediendo frente a un ocupante que no es persona dependiente del demandado, exige la interrupción de la diligencia, para que el secretario les reclame la presentación de sus títulos (según prevé el art. 704.2 LEC).

c) Finalmente, la ausencia puede ser debida a un abandono voluntario del inmueble. No debe confundirse este abandono con el «cumplimiento». El cumplimiento es la dación o transmisión posesoria que requiere, como señalamos en su lugar, haber sido realizado en condiciones tales que permitan la toma de posesión: lo contrario (abandono sin dejar las llaves en el Juzgado —de modo

que no se puede entrar al inmueble sin forzar la entrada—, sin notificarlo al ejecutante, dejando en el inmueble terceros que impiden el acceso, etc.) no es cumplimiento y la entrega sigue siendo parte de la responsabilidad del ejecutado quien responderá, por ejemplo, de los daños causados por los terceros que hayan entrado en el inmueble abandonado (o cuya entrada él mismo haya franqueado), de los gastos que genere la diligencia que sea necesaria (cerrajero, por ejemplo, si no entregó las llaves al portero), etc.<sup>351</sup>.

#### 6.2.5. *Constancia del estado del inmueble y los bienes muebles que contiene*

Aunque TORRES LÓPEZ sitúa cronológicamente esta actividad tras el desalojo de los ocupantes<sup>352</sup>, por nuestra parte entendemos que salvo que éstos hayan desarrollado una actividad entorpecedora de la diligencia de lanzamiento consideramos que su presencia durante estos trámites constituye una exigencia del principio de contradicción, de modo que puedan hacer constar en acta sus observaciones respecto a la regularidad con que se desarrolla la diligencia, la constancia de deterioros y aun postular la entrega de «plantaciones o instalaciones».

Las actividades procedentes en este sentido, son, en este momento, de postulación y de constancia en relación con el estado del inmueble, sus accesorios o mejoras no separables y los bienes muebles en él contenidos.

---

<sup>351</sup> En cambio, habiéndose producido la entrega debidamente (depositando las llaves en el Juzgado y notificándolo al demandante, por ejemplo), de solicitarse la diligencia para acreditar la constancia de deterioros causados al inmueble (art. 704.4 LEC) tenemos que entender que se trata de una pretensión autónoma cuyos gastos deberá afrontar quien la solicita (salvo condena en costas que entendemos posible si la pretensión estaba justificada y se aprecian graves daños en el inmueble imputables al ocupante).

<sup>352</sup> Según TORRES LÓPEZ, «dos momentos pueden distinguirse en el lanzamiento. Por un lado, el desalojo efectivo del inmueble de los ocupantes del mismo, y por otro, la constatación efectiva del estado de la vivienda o local y de los bienes que se hallan en él. [...] El segundo momento o fase de que hablábamos se inicia cuando, ya desalojados los ocupantes, se procede a comprobar el estado del inmueble y de los bienes que se hallan en el mismo. En este punto resulta clave lo que la Comisión judicial exprese en el acta, pues es la única prueba que nos permitirá reclamar, en su caso, los daños y perjuicios ocasionados. Igualmente resulta determinante la consideración que otorgue aquella a los bienes que hayan podido ser abandonados [...]» (Torres López, Alberto, *Los juicios de desahucio: 100 preguntas y respuestas*, Sepin, Madrid, 2007, pág. 124).

### *1.º Plantaciones o instalaciones.*

La posibilidad de reclamar el abono de plantaciones o instalaciones no separables aparece regulada en el art. 703.2 LEC como actividad propia del «acto de lanzamiento», expresión que creemos equivalente a la diligencia de lanzamiento: la actuación material a desarrollar en la fecha señalada y en el inmueble objeto de lanzamiento.

La dicción literal del art. 703.2 LEC parece restringir la actividad a realizar en el acto de lanzamiento a la «reivindicación» de la «titularidad» de dichos bienes, dejando la reclamación del «abono de su valor» para un momento posterior (los cinco días siguientes al acto de lanzamiento). Por supuesto, el abono del valor de los inmuebles sólo será posible cuando la titularidad de las plantaciones o instalaciones corresponda al ocupante (concurriendo además otras circunstancias en función de la causa jurídica o título por el que se ocupaba el inmueble). Por tanto, parece que la reclamación de titularidad (pronunciamiento mero declarativo) es causa de la siguiente reclamación, la de abono de valor (que requiere un pronunciamiento de condena), y no parece tener sentido separarlas como pretensiones distintas. Lo que en nuestra opinión pretende la ley es distinguir dos momentos o fases en la tutela jurídica relativa a las mejoras. En un primer momento, durante el transcurso de la diligencia de lanzamiento (si seguimos la literalidad del art. 703.2 LEC), el demandante formula su pretensión de modo genérico, haciendo constar únicamente el objeto que está en la base fáctica de su reclamación: los objetos cuyo abono reclama para que la presencia de los mismos a la vista de la comisión judicial permita acreditar judicialmente la identidad de lo que ha de ser reclamado a modo de «prueba preconstituida» de su existencia en el momento del desalojo (momento del cambio de posesión). En un segundo momento, la pretensión se podrá concretar en su verdadero alcance (*petitum*: la cantidad que pretende se le abone) y en sus causas (*causa petendi*: el derecho por el que crea corresponderle su abono), pudiéndose entonces celebrarse el juicio declarativo correspondiente. Curiosamente, la ley no señala expresamente en el art. 703.2 LEC la actividad de constancia a cargo de la comisión judicial durante la diligencia de lanzamiento y que, en nuestra opinión, constituye la esencia de la norma. Pero tal constancia es



consecuencia inevitable de haber separado la reclamación del ejecutado en dos momentos: el momento la diligencia de lanzamiento y los cinco días posteriores. A ello conduce, igualmente, la interpretación sistemática de este artículo a la luz del siguiente y la consideración teleológica de ambos: de lo se trata durante el lanzamiento es de dejar constancia del *statu quo* del inmueble en el momento preciso en que la posesión inmediata cambia de titular, ya que este momento señala la inflexión en el juego de las presunciones legales sobre titularidad de los accesorios del inmueble.

La comisión del juzgado se limitará a dejar constancia de los elementos señalados por el ejecutado (ahora demandante), de las alegaciones que respecto a dicho objeto pueda efectuar al respecto el ejecutante (ahora demandado), de las manifestaciones técnicas que puedan efectuar los peritos que acompañen a las partes (sobre el estado de conservación de la mejora en el momento de la entrega o incluso su verdadero carácter de tal, por ejemplo) y que la Comisión judicial recogerá en la documentación de la diligencia. No se escapa que la utilización de medios audiovisuales de constancia puede ser de gran valor en este aspecto.

Consideramos que la constancia de las mejoras puede realizarse con carácter previo a la diligencia de lanzamiento (e incluso será conveniente que así se haga por razones de celeridad), por ejemplo, durante el curso de la diligencia informativa o de instrucción que puede realizarse en fase de preparación y evitación de la diligencia. Lo que la ley prescribe al establecer el acto de lanzamiento como momento para formular la solicitud relativa a mejoras es que la práctica de la diligencia de lanzamiento constituye el momento preclusivo para ello. Si se hubiera desarrollado la tarea constancia de las mejoras antes de la diligencia de lanzamiento la posesión durante el periodo de garantía el ejecutado podría alterar (quizá retirar, quizá perjudicar) aquellos bienes sobre los que se hizo una reclamación de valor, lo que aconseja que el ejecutante solicite de la comisión judicial durante la diligencia de lanzamiento la constancia del estado de conservación de aquellas mejoras ya constatadas en su momento (y quizá abonadas o en curso de serlo). No puede olvidarse que es al producirse la

diligencia de lanzamiento cuando se produce el cambio en la situación de poder sobre el inmueble<sup>353</sup>.

### *2.º Deterioros causados al inmueble.*

La constancia de deterioros causados al inmueble está referida por el art. 703.3 LEC al «lanzamiento», lo que, en nuestra opinión, significa, de nuevo, el acto de entrada en el inmueble, es decir, la diligencia de lanzamiento, por ser el momento de cambio en la posesión inmediata y, por consiguiente, el de traspaso de las presunciones relativas al estado de conservación del mismo. Son los deterioros percibidos en este momento los que tienen relevancia: una vez producida la transmisión posesoria los deterioros no se podrán imputar con claridad al ejecutado y, constatados con anterioridad, es posible que los daños se incrementen en tanto llega el momento del lanzamiento. Por la misma razón, el objeto de embargo a que el artículo alude son los bienes que se hallaren en el inmueble en el momento del cambio posesorio: la medida de embargo y retención toma, como punto de partida, la presunción de pertenencia de bienes derivada de la posesión del inmueble; por otra parte, el cambio de posesión facilitará la constitución en depósito sobre los bienes embargados que quedarán en posesión y custodia del ejecutante. Otros bienes del ejecutado (el resto su patrimonio que no se halle en el inmueble) también puede ser objeto de embargo para pago de deterioros, pero no se trata entonces del embargo regulado en el art. 703.2 LEC sino del embargo preventivo común, que requerirá de su propia demanda.

Esta norma, a diferencia de la contenida en el apartado segundo con relación a las mejoras, alude expresamente a la actividad de constancia o documentación efectuada por la Comisión judicial, pero, en cambio, no lo hace (como sí lo hacía la norma relativa a mejoras) a la solicitud que para ello deberá formular el interesado (en este caso, el ejecutante). Tal laguna puede subsanarse fácilmente si se considera que se trata de pretensiones acumuladas a la de lanzamiento y, como

---

<sup>353</sup> Si bien la diligencia de instrucción previa sobre la situación del inmueble y sus ocupantes puede servir al ocupante para formular una reclamación sobre plantaciones e instalaciones, también puede servir al ejecutante para hacer constar la inexistencia de tales elementos en el momento de interposición de la demanda de ejecución, por lo que la constatación de tales mejoras en el momento de la diligencia de lanzamiento podría ser fraudulenta.

tales, sometidas al principio de rogación: como en el caso anterior, es necesaria una solicitud de parte para que la comisión judicial proceda a realizar la constancia de deterioros y al embargo preventivo para garantizar su abono. La pretensión deberá formularse, con carácter habitual, antes del lanzamiento, de modo que el secretario judicial pueda acordarla mediante decreto (en cuanto envuelve un embargo de bienes); solicitada en el propio acto de la diligencia de lanzamiento puede atenderla el secretario de estar presente en la Comisión o, de no estarlo, si es posible comunicar con él por vía telemática<sup>354</sup>.

### 3.º Actividades en relación con los bienes muebles

Cuando la presencia de bienes muebles o los deterioros causados al inmueble sean de tal alcance o naturaleza que impidan la toma de posesión (el inmueble ha quedado inundado, lleno de basura o de chatarra, por ejemplo; se dejan en el inmueble animales...)<sup>355</sup>, su retirada no requiere postulación específica pues no se trata en estos casos de un objeto (pretensión) acumulada a la de entrega sino que forma parte de la propia pretensión de entrega posesoria del inmueble y, consiguientemente, de la desposesión del ejecutado mediante lanzamiento. Para ello serán de aplicación, en lo que corresponda, las normas correspondientes a las obligaciones de hacer no personalísimo (art. 706 LEC) por la remisión implícita que supone el art. 703.1 LEC (pues, según este artículo, el lanzamiento consiste en realizar aquello «que proceda», y ello es, en este caso, un hacer no personalísimo: devolver al inmueble a un estado en el que sea susceptible de apropiación) cuyo régimen se encuentra regulado en el artículo citado, que será aplicado en lo que corresponda. De este modo, se podrá proceder, conforme al art. 706.1 LEC, a ordenar la ejecución subsidiaria por tercero a costa del ejecutado o el resarcimiento de daños y perjuicios a elección del demandante. No se deberá,

---

<sup>354</sup> Según ACHÓN BRUÑÉN «se viene considerando que se puede solicitar verbalmente la constitución del depósito de bienes del responsable para responder de los desperfectos y si el Secretario constata en la diligencia de lanzamiento su existencia habrá de acordar dicha retención o depósito en cuantía que considere adecuada, pudiendo nombrarse en ese mismo acto depositario, estableciendo a su vez un plazo para que el ejecutante interese la liquidación de los desperfectos, apercibiéndole que de no verificarlo quedará sin efecto la retención y el depósito» (Achón Bruñén, M.<sup>a</sup> José, *La oposición en los procesos de ejecución de sentencias civiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 161, nota 310).

<sup>355</sup> TORRES LÓPEZ, *Los juicios de desahucio*, 2007, cit.

sin embargo, otorgar el plazo a que hace alusión el art. 705 LEC (plazo para el cumplimiento de la obligación), pues dicho plazo equivale al plazo de garantía otorgado para el lanzamiento, ya vencido.

#### *6.2.6. Salida y traslado de los ocupantes*

Terminada toda la actividad anterior procede ya la salida de los ocupantes. Habrá que distinguir dos supuestos fundamentales, dependiendo de la presencia en el inmueble de personas vulnerables (menores, enfermos, ancianos...) o situaciones que pudieran desembocar en una vulneración de derechos fundamentales (por ejemplo, que la familia desalojada quede sin hogar).

a) Presencia en el inmueble de personas vulnerables o situaciones que puedan desembocar en vulneración de derechos fundamentales. En este caso, el desalojo conlleva dos condiciones relativas, respectivamente, a los medios a emplear para el desalojo y al resultado o consecuencia del mismo.

Por lo que respecta a los medios empleados, éstos serán aquellos que, según criterios de proporcionalidad, haya aprobado el secretario judicial en el decreto correspondiente y que serán los adecuados a las necesidades presentes en cada caso: servicios sanitarios de la entidad adecuada para el desplazamiento del enfermo (según su gravedad), servicios de atención de menores, etc. La carencia de medios adecuados debido al error o alteración de las circunstancias que sirvieron de fundamento a su ordenación determinará la interrupción de la diligencia para que el secretario decrete las medidas adecuadas para su obtención (que consistirá en la solicitud de cooperación de las Administraciones competentes). Corresponde a la Administración competente convocada a la diligencia de lanzamiento intervenir poniendo en juego los medios personales, y materiales, los procedimientos y técnicas apropiadas.

Por lo que respecta al resultado del desalojo, ya ha quedado establecido en otra parte de este trabajo que el desalojo no puede tener como resultado que queden personas sin hogar o en situaciones de vulnerabilidad que sean incompatibles con derechos fundamentales: integridad física, la intimidad, la vida privada, la salud o con principios del Estado social como la protección a la infancia, a la tercera

edad, a la familia y, en amparo de todos ellos, el derecho a la vivienda. Cumplir con esta exigencia requiere del Estado la gestión de medios que impidan (en los términos y con las limitaciones ya expresadas en otras partes de este trabajo) las consecuencias expuestas, fundamentalmente, alguna modalidad de alojamiento alternativo digna y, en su caso, la atención adecuada para menores, ancianos, enfermos y demás personas vulnerables. Corresponde a las Administraciones gestoras de los distintos recursos asistenciales informar, mediante su presencia en la diligencia de lanzamiento de la disponibilidad de tales medios<sup>356</sup> y a la Comisión judicial hacerlo constar. Lógicamente, la intervención de puede ser rechazada por su destinatario que consiente entonces en la suerte subsiguiente. La función de tutela que atribuimos a esta fase de la ejecución exige dejar constancia del resultado final de la medida: por ejemplo, el efectivo traslado a los distintos centros o establecimientos (traslado a un hospital, un centro de acogida o residencia, albergue, etc.).

#### b) Resistencia al abandono

No existiendo situaciones de grave necesidad o acreditada por la Comisión judicial que estas han quedado cubiertas por la intervención de las Administraciones especializadas convocadas, el desconocimiento de la orden de abandono debe conllevar el empleo de la coerción, con limitación de la libertad ambulatoria, a cargo de la policía judicial desplazada para ello. Como puede comprobarse, el recurso a la coerción directa puede ser preciso en distintos momentos de la diligencia de lanzamiento: eliminando toda resistencia injustificada a la entrada de la comisión judicial en el inmueble, garantizando el desarrollo pacífico de la diligencia y, finalmente, verificando la expulsión del ocupante renuente.

Conviene recordar en este punto que diversas garantías que los órganos del Sistema de Naciones Unidas derivan de la prohibición de desalojos forzosos hacen referencia al correcto uso de la fuerza, afirmando que «cualquier uso legal de la fuerza debe respetar los principios de la necesidad y la proporcionalidad,

---

<sup>356</sup> Los medios de constancia audiovisual operados por el Cuerpo de Auxilio Judicial y formando parte de la documentación de la diligencia pueden resultar muy valiosos.

así como los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y el código de conducta nacional o local que corresponda a las normas internacionales de aplicación de la ley y de los derechos humanos»<sup>357</sup>. El recurso a la fuerza por parte de la policía según el principio de proporcionalidad requiere respetar una secuencia o progresión. Por una parte, la mera amenaza de uso de *vis absoluta* por parte de quien ha de emplearla es ya una forma de violencia simbólica (coactiva) que debe preceder a la física. Una vez desplegada ésta, el grado en que lo sea estará en proporción al nivel de resistencia y las características del sujeto. Puede afirmarse que llegado este punto todo grado de resistencia supone (sin perjuicio de las circunstancias eximentes que puedan concurrir) un ilícito penal, del cual la comisión judicial dejará constancia pasándose el tanto de culpa al Ministerio Fiscal o al Juez de Instrucción, sin perjuicio de que los propios agentes en uso de sus funciones actúen cautelarmente cuando corresponda (por ejemplo, mediante la detención). Por otra parte, los ocupantes deben respeto a los agentes y funcionarios de la comisión y toda conducta que los acometa o intimide gravemente constituirá un delito de atentado (art. 550 CP) y toda falta de respeto o consideración constituirá falta de atentado (art. 634 CP).

---

<sup>357</sup> Principios y Directrices sobre desalojos por motivos de desarrollo (2007), UN doc. A/HRC/4/18/Anexo I, § 48. El Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979, cuyo artículo 2 establece que «En el desempeño de sus tareas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas». Entre las obligaciones específicas se recoge la de «usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas» (art. 3), la de mantener en secreto «las cuestiones de carácter confidencial de que tengan conocimiento» (art. 4) o la de asegurar «la plena protección de la salud de las personas bajo su custodia y, en particular, tomarán medidas inmediatas para proporcionar atención médica cuando se precise» (art. 6).

La Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (LO 2/1986, de 13 de marzo) establece en el apartado segundo de su artículo quinto, como principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en sus relaciones con la comunidad, «impedir, en el ejercicio de su actuación profesional [léase lanzamiento], cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral» (letra a); el de «observar en todo momento [v. gr., el lanzamiento] un trato correcto y esmerado en sus relaciones con los ciudadanos [v. gr., el ocupante, sujeto pasivo del desalojo]»; proporcionar a los ciudadanos en sus actuaciones [v. gr., el desalojo] «información cumplida, y tan amplia como sea posible, sobre las causas y finalidad de las mismas» (letra b); utilizar los medios necesarios para su función «rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance» (letra c).

Tratándose de menores o personas desvalidas el uso de la fuerza debe ser evitado a toda costa requiriéndose, en su lugar, el recurso a profesionales especializados en el manejo de situaciones de resistencia protagonizadas por estas personas. Sólo en algún caso extremo en que la resistencia al desalojo se convierta en agresión a los intervinientes será imprescindible la intervención policial frente a estos sujetos. Conviene recordar en este punto la exigencia que han manifestado los órganos del Sistema de Naciones Unidas respecto a la protección durante el desalojo de los sujetos más vulnerables.

Se puede plantear si la mera conducta pasiva del deudor que por no abandonar el inmueble ha hecho necesario el desalojo constituye, en sí misma, un ilícito penal. En nuestra opinión tal calificación dependerá de diversas circunstancias, entre ellas la conducta del ejecutado durante la diligencia. Su conducta puede limitarse a actuar en el marco de audiencia y contradicción que permite la LEC (poniendo en conocimiento de la comisión aquellas circunstancias que, según su criterio, deban condicionar el curso de la diligencia, anunciando ante la misma su voluntad de impugnar determinadas actuaciones o medidas, solicitando la suspensión de la diligencia, postulando la constancia de instalaciones o plantaciones a efectos de su posterior reclamación, etc.), en cuyo caso nada censurable penalmente hay en esta conducta aun cuando haya forzado con su pasividad el desarrollo de esta fase de la actividad procesal.

No obstante, si desobedeciendo las ordenes de abandono del inmueble llegado el momento del desalojo (una vez agotadas las posibilidades de intervención que se le conceden) su conducta, aun pasiva, se corresponde con la descrita en el tipo penal de desobediencia a que alude el art. 556 CP («Los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, *resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente*, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año») pues los agentes de Policía Judicial son funcionarios que, además, actúan como comisionados del tribunal (la autoridad que ordena la diligencia). Si la desobediencia fuera calificada como «grave», el hecho punible sería el tipificado como delito (art. 556 CP) y si fuera «leve» se trataría de la falta tipificada en el art 634 CP («Los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad o sus agentes, *o los desobedecieren levemente*, cuando ejerzan sus

funciones, serán castigados con la pena de multa de diez a sesenta días»).

Cuando la conducta, más allá de la mera desobediencia o resistencia pasiva, incluya conductas activas de resistencia o conductas calificables de intimidación o agresión se incurrirá, además, en el delito de atentado tipificado en el art. 550 CP («Son reos de atentado los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan *resistencia activa también grave*, cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas»).

No obstante, que las conductas del ejecutado (o de terceros) puedan tener repercusión penal (dando origen a un proceso penal) no significa que la actividad procesal civil no pueda continuar desarrollándose normalmente: la eventual infracción penal sobrevenida ni es funcional a la ejecución civil ni debe ser disfuncional ocasionando suspensión alguna<sup>358</sup>.

## 7. Actividad de ejecución posterior al desalojo

### 7.1. Desalojo que no proporciona la entrega de la posesión

Podría pensarse que todo conflicto ulterior a la desposesión del deudor queda desconectado jurídicamente del proceso de ejecución: si, por ejemplo, se produce el desalojo del inmueble y días después el nuevo ocupante pierde de nuevo su

---

<sup>358</sup> Como ha señalado RAMOS MÉNDEZ «En principio, lo que cabe esperar del sistema de ejecución civil es que sea lo más completo posible, proporcionando instrumentos adecuados para cubrir todas las actividades ejecutivas idóneas en función de los objetivos que persiguen. En esta materia, si se detecta un hueco, hay que cubrirlo de inmediato. Si, como ocurre la mayoría de las veces, simplemente hay impericia o desidia en el uso de las herramientas, lo que hay que hacer es cumplir los deberes y punto. Si se ha recorrido sensatamente el camino precedente, entonces puede pensarse en la actuación integral del resto del ordenamiento jurídico [...]. Desde luego, no se trata de regular en la LEC conductas delictivas, ni menos de criminalizar la ejecución civil, por la comodidad de sus limitaciones intimidatorias para ciudadanos normales. Simplemente hay que asumir los instrumentos penales del código que les es propio y aplicarlos si procede, no indiscriminadamente, tal como se enjuicia el resto de infracciones penales» (Ramos Méndez, Francisco, *Enjuiciamiento Civil. Cómo gestionar los juicios civiles*, Tomo I, Atelier, Barcelona, 2008, pág. 128). Sin embargo, existen posturas menos matizadas y favorables a una criminalización específica de la no devolución posesoria del inmueble por el arrendatario, es decir, que todo aquel que lleve el proceso a su estadio de ejecución (al menos para este tipo de juicios) estaría cometiendo —sólo por ello— un delito; vid., en este sentido, MAGRO SERVET, Vicente, «La criminalización de la no devolución posesoria por el arrendatario del inmueble en el impago de alquileres», *Diario La Ley*, núm. 6922, de 10 de abril de 2008 (en Internet).



posesión —o la plenitud de su posesión— frente al propio sujeto desalojado o frente a un tercero actuando en su nombre. Es cierto que la situación creada podrá tener trascendencia penal y, por consiguiente, un tratamiento procesal autónomo de esta naturaleza. Asimismo, podría desarrollarse un proceso sumario de carácter posesorio. Pero, al propio tiempo, debe considerarse que el proceso de ejecución para la entrega del bien inmueble no ha terminado. Hay que recordar al respecto que el art. 570 LEC establece que «la ejecución forzosa sólo terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutante» y dicha satisfacción no es completa si, pese al desalojo del ocupante —desposesión—, el acreedor no puede tomar posesión —plena— del inmueble. Debemos recordar que el lanzamiento es un medio al servicio de una prestación forzosa de dación o entrega de la posesión inmediata de un bien inmueble: si no se puede consumir plenamente tal entrega de posesión no se habrá consumado la ejecución. La ejecución forzosa de una obligación de dar aspira a sustituir una conducta (la de dación o entrega) que, de haber sido realizada voluntariamente por el demandado, hubiera permitido la toma de posesión por el acreedor. Realizada forzosamente por el tribunal la entrega posesoria no sólo requiere desposesión sino «puesta en posesión» judicial, actividad posterior al desalojo: tal puesta en posesión es sólo aparente si no tiene la estabilidad debida.

En principio, puede considerarse consumada la ejecución inmediatamente terminada la diligencia de lanzamiento<sup>359</sup> y una vez constatada en la documentación de la misma que el inmueble pasa a poder del acreedor (sea por ocupación material una vez franqueado el acceso, sea mediante la entrega de llaves o su consignación en el juzgado). Pero conductas posteriores del ejecutado pueden hacer ilusoria y aparente dicha toma de posesión. El ejecutado puede regresar al inmueble (habiendo, por ejemplo, guardando una copia de las llaves), o permitir que lo haga un tercero (a quien entrega las llaves del inmueble). El

---

<sup>359</sup> A la misma situación puede llegarse si el ocupante desaloja el inmueble durante el plazo de garantía entregando las llaves del inmueble en el juzgado, pero tal desalojo o desocupación no significa, por sí solo, la posibilidad de facto de acceso al inmueble (por no corresponder las cerraduras a las llaves entregadas, por haber facilitado el acceso al inmueble a terceros...). En este caso, el art. 703.4 LEC autoriza a que pese a la entrega de llaves por el ejecutado «el demandante interese el mantenimiento de la diligencia para que se levante acta del estado en que se encuentre la finca». Acta que permitirá (aun no siendo su función principal) constatar el carácter meramente aparente de la desposesión (la llave depositada no abre, el inmueble está inundado, el ejecutado ha dejado en el inmueble vecinos o familiares, etc.).

ejecutado puede, asimismo, realizar otras conductas que, aun sin suponer una reposición por su parte del inmueble, impidan u obstaculicen el disfrute de su posesión por el ejecutante: impidiendo o dificultando el acceso al inmueble, por ejemplo (bastará para ello con que el ejecutado «acampe» a las puertas del inmueble, que coloque obstáculos para su acceso —en zonas comunes del inmueble o en otro inmueble de su propiedad—, etc.).

En estos casos, el tribunal, sin perjuicio de la trascendencia penal de tal conducta<sup>360</sup>, podría ordenar (mediante un nuevo decreto de ejecución) ulteriores medidas ejecutivas tendentes a forzar o sustituir la voluntad del ejecutado que impide la toma de posesión. Cuando la conducta obstaculizadora del deudor consiste en una nueva ocupación procede una nueva diligencia de lanzamiento con apercibimiento de comisión de delito de desobediencia, de no haberse ya formulado dicho apercibimiento en la anterior diligencia de lanzamiento. Si consistiera en otro tipo de acción (construcción de obstáculos, desarrollo de actividades que pretendan disuadir la ocupación o uso del inmueble o maniobras que dificulten el acceso, por ejemplo) estará incumpliendo una obligación instrumental de la entrega posesoria a la que estaba obligado por el título ejecutivo que originó el lanzamiento: la de abstenerse de obstaculizar la posesión del acreedor. Se trata del incumplimiento de la obligación de dar cosa determinada, siendo consecuencia de tal incumplimiento la adopción por el secretario judicial de las medidas que procedan (art. 703.1 LEC) que podrán ser algunas de las previstas en el art. 710 LEC para las infracciones de un deber de no hacer: orden específica de deshacer lo mal hecho (si procede: desalojar las

---

<sup>360</sup> Cuando menos el delito de usurpación del art. 245 CP. Según BAUCELLS I LLADOS el delito de usurpación de fincas que contempla el art. 245 del Código Penal requiere animo de lucro, lo que se deduce por la determinación de la pena, en el tipo básico del párrafo primero, «teniendo en cuenta la utilidad obtenida», exigencia que se considera también aplicable al tipo privilegiado del párrafo segundo. Entiende, además, que la ocupación, para ser típica, se ha de producir en concepto de dueño, es decir, con ánimo de subrogarse en la posición de su titular. Por ello, no serían típicas, actuaciones como «la ocupación de un fundo al aire libre de manera puramente simbólica, con ánimo de manifestarse como ha propuesto Muñoz Conde {Derecho penal. Parte especial, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pág. 354}, sino también la ocupación de un edificio con ese ánimo de manifestación o cualquier otro distinto al de ocupar (dormir, etc...)» (Baucells i Lladós, *ibidem*, págs. 145 a 148).

La nueva ocupación de las viviendas desalojadas tras el lanzamiento es uno de los supuestos de aplicación de la tutela penal de la ejecución (SSTS de 15 de octubre de 1963 (RAJ 4105), 29 de marzo de 1962 (RAJ 1267) y 25 de junio de 1955 (RAJ 2134). Cfr. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil (Como gestionar los juicios civiles)*, Atelier, Barcelona, 2008, págs. 127 a 130.

inmediaciones del inmueble, eliminar los obstáculos...), con imposición de multas mensuales por incumplimiento del deber de deshacer y con apercibimiento de la comisión de un delito de desobediencia a la autoridad judicial si reitera el incumplimiento.

### *7.2. Lanzamiento que deja a las personas desalojadas quedan sin hogar*

El lanzamiento puede requerir medidas de ejecución posteriores a la diligencia de lanzamiento cuando las Administraciones públicas intervinientes a instancia del tribunal no han proporcionado a los ocupantes desalojados la protección a sus derechos fundamentales con el alcance o en los términos que en garantía de la proporcionalidad del desalojo acordó el tribunal: se desplaza el ocupante al albergue, residencia o vivienda que, contra lo gestionado por la Administración interviniente en la fase de preparación y evitación de la diligencia o lo asegurado en el momento de la diligencia de lanzamiento, no lo puede finalmente acoger por falta de los recursos comprometidos; se traslada al enfermo en ambulancia pero al llegar al hospital o residencia no existe la plaza comprometida; pese a las protestas del ejecutado, el desalojo se consuma en días de fuertes lluvias o intenso frío. En estos casos, el desalojo practicado, aun siendo satisfactivo para el demandante, no responde a las exigencias del proceso con todas las garantías (que requiere protección a los derechos fundamentales conforme al principio de proporcionalidad) y no puede considerarse consumado..

De tal modo que a pesar de haberse abandonado el inmueble y entregado la vivienda al demandante, el ejecutado podrá reclamar del tribunal el cumplimiento a la intervención asistencial como parte de su derecho a un proceso con todas las garantías que, a su vez, es aquel que no vulnera sus derechos fundamentales conforme al principio de proporcionalidad. De otro modo, la ejecución realizada podrá considerarse, una vulneración de los derechos fundamentales vinculados a la vivienda y constituirá, simultáneamente, un desalojo forzoso según el derecho internacional de los derechos humanos. Si el incumplimiento del tribunal hubiera consistido en no atender al tiempo del lanzamiento las necesidades habitacionales indispensables del ejecutado que no dispone de otros recursos, éste podrá considerar que el tribunal está obligado a ello (pues sólo con tal condición el lanzamiento

puede considerarse realizado con todas las garantías) pudiendo exigir que dirija a las Administraciones u otras autoridades competentes los oficios de cooperación que sean necesarios para que atiendan su situación. Frente a la inadmisión o desestimación de la petición por el secretario judicial, considerando implícita o explícitamente consumada la ejecución, el ejecutado recurrir mediante recurso directo de revisión (arg. ex art. 570, *in fine*). La inadmisión o desestimación de este recurso, de considerar que pone en riesgo alguno de los derechos consagrados en el art. 52.2 CE, permite el acceso al recurso de amparo ante el TC (artículo 44 LOTC) y, tras éste, a la tutela propia de órganos internacionales como el TEDH (artículo 35 del CEDH de ) o el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 diciembre de 1966, en vigor en España de 1985).

Si el ocupante es un sujeto distinto del ejecutado (aun cuando sea una de las personas dependientes del ejecutado, como familiares), no siendo parte, considerando que el desalojo efectuado sin atender sus necesidades mínimas y esenciales que proporcionaba la vivienda supone la vulneración de un derecho fundamental de los consagrados en el art. 52.2 CE y podría solicitar la nulidad de actuaciones conforme al art. 228 en relación con el 562.2 LEC. La pretensión, en este caso, sería la reversión de la situación al momento procesal previo a la vulneración del derecho fundamental, es decir, la readmisión en la vivienda de la que fue expulsado, lo que puede ser imposible si el ejecutante se ha adquirido ya la vivienda (pues, para ello debiera ser vencido en juicio). En todo caso, la desestimación de esta acción, abre la vía del amparo constitucional.

Finalmente, en cuanto la situación de desprotección que se origina como consecuencia de la actividad judicial sobre la esfera jurídica del demandado constituye un daño ilícito, este se hace merecedor de indemnización por funcionamiento anormal de la Justicia, así como por el funcionamiento anormal de las Administraciones públicas que, en cooperación y a instancia de la primera, asumieron la limitación de los efectos del lanzamiento (arts. 139 y sigs. LRJ-PAC y 292 y sigs. LOPJ). Recordemos que entre las garantías derivadas de los derechos relativos a la vivienda por los órganos encargados de garantizar la efectividad del derecho internacional de los derechos humanos se cuenta la indemnización de los

daños ilícitamente causados (ONU: Principios y Directrices sobre desalojos, 2008; ONU: OG núm. 7, § 13)

### **8. Régimen especial del lanzamiento directo (ejecución de sentencias de desahucio)**

La posibilidad de que durante una diligencia de lanzamiento la Comisión judicial pueda apreciar situaciones no consideradas en el decreto de concreción de las medidas ejecutivas y que requieran (previa interrupción) una nueva evaluación de las medidas de ejecución adecuadas se manifestará con más intensidad en el caso del lanzamiento directo propio de los juicios de desahucio. La inexistencia de un plazo de garantía y la fijación de la fecha de lanzamiento dentro del mes siguiente a la fecha de la vista imposibilita prácticamente toda actividad previa de preparación, o cooperación.

La celeridad que el régimen de lanzamiento directo pretende imprimir sólo será tal si las condiciones del lanzamiento son simples y los recursos inicialmente dispuestos para practicar la diligencia son suficientes. En caso contrario, la falta de preparación adecuada del lanzamiento se manifestará en la fecha señalada para la diligencia como falta de medios materiales o humanos para hacer frente (con plenitud de garantías) a diversas situaciones no contempladas inicialmente, lo que dará lugar a la suspensión de la diligencia y su nueva ordenación del mismo.

La configuración del lanzamiento directo no carece de validez desde un punto de vista constitucional, simplemente invierte el momento procesal en que el tribunal efectúa la ponderación que resulta exigida por el respeto a los derechos fundamentales.

*Primera.*— la fase procesal de lanzamiento y, en particular, del lanzamiento de vivienda se caracteriza por la función parcial dentro del proceso de procurar al acreedor la entrega forzosa de la posesión de la vivienda una vez el tribunal despacha ejecución y delimita, interpretando el título ejecutivo, el alcance del derecho del acreedor a su entrega (orden general de ejecución). Es, por tanto, una fase común a la mayoría de los procesos de ejecución, excepción hecha de la denominada ejecución directa que es, precisamente, una modalidad de lanzamiento. En la modalidad ordinaria o común de lanzamiento (precedida de fase de despacho) la actividad procesal puede dividirse en dos etapas o sub-fases con funciones parciales dentro de la expuesta de entrega posesoria forzosa del inmueble. La primera, que comienza con el decreto del secretario judicial otorgando un plazo para el desalojo y concretando las medidas ejecutivas que procederán para alcanzarlo. Se prolonga a lo largo de dicho plazo y se agota con éste. Su función principal es permitir que el demandado pueda colaborar en su propio desalojo adoptando sus propias decisiones sobre modos y tiempos —dentro del marco delimitado por el plazo de garantía— en que realizará su salida del inmueble, evitando perjuicios en su esfera jurídica y asegurando una entrega pacífica. La segunda fase, que calificamos de fase de desarrollo de la diligencia de lanzamiento, comienza en la fecha que el tribunal señale para el desarrollo de la citada diligencia como acto que se inicia en la vivienda a desalojar con presencia del tribunal para concretar la salida del inmueble sin otorgar margen alguno a la voluntad del deudor; termina con la entrega efectiva de la vivienda al acreedor o la determinación judicial de imposibilidad de dicha entrega. La denominada ejecución directa es, precisamente, un lanzamiento directo, esto es, una fase de desarrollo de la diligencia de lanzamiento sin el desarrollo de las fases previas de despacho de la ejecución y de preparación y evitación de la diligencia de lanzamiento.

*Segunda.*— En el lanzamiento común de vivienda la fase de preparación y evitación de la diligencia se desarrolla en un periodo que puede ir entre uno y dos meses. El tribunal no dispone de margen para determinar una duración menor a

un mes ni superior a dos. La duración mínima del plazo puede considerarse un privilegio frente a otras formas de ejecución no dineraria e que la concesión de plazo para el desalojo puede ser inferior (o, incluso, desaparecer: art. 699 LEC). El privilegio proviene de la función del bien del que se priva al demandado (vivienda habitual) como soporte de un conjunto de derechos fundamentales (derechos relativos a la vivienda). Por ello se puede considerar un plazo de garantía o en garantía de los derechos fundamentales de ocupante de dicho inmueble. Este privilegio se puede extender (prórroga del plazo inicial) sólo si el secretario judicial identifica razones personales del demandado que lo justifiquen (art. 704.1 LEC). Atendida la función del plazo queda claro que las razones que justifican la prórroga están relacionadas con una necesidad de protección adicional al demandado para quien el acceso a una vivienda alternativa o el traslado a la misma puede resultar dificultoso atendida su condición personal, familiar, económica o social. La limitación de la prórroga a un mes supone, paradójicamente para un plazo que se pretende privilegiado, una menor protección que la otorgada en otros supuestos de lanzamiento en que no se ve afectado el derecho a la vivienda (pues el art. 699 permitiría el otorgamiento de plazos de mayor duración).

Tercera.— La primera etapa de la fase de lanzamiento tiene por función principal permitir el desalojo del demandado sin merma del derecho a la vivienda para lo cual otorga al demandado un margen de libertad necesario para que adopte decisiones por sí mismo respecto a dicho desalojo, no en cuanto a su procedencia sino en el cuanto al modo y, dentro del margen determinado por los plazos procesales, en cuanto al momento del desalojo, minimizando con estas decisiones la inmisión estatal en su esfera de propiedad y libertad personal. Los bienes del ocupante amparados por el inmueble que debe entregarse (su propiedad, su intimidad, su seguridad...) son de tal relevancia que el legislador pretende que se agoten las posibilidades de autogestión por el propio demandado minimizando así los daños sobre dichos valores y bienes jurídicos. Esto no significa que estemos que se abra para el demandado la posibilidad de un cumplimiento voluntario. Si bien se abre para el demandado la posibilidad de cooperar con su desalojo (abandonando el inmueble por sus propios medios), esta voluntad de cooperación

está constreñida o violentada (coerción) por la orden de abandono recibida y la amenaza de una coerción futura de mayor intensidad (implícita en el desarrollo inevitable de la «diligencia de lanzamiento» cuya fecha ya ha sido señalada): coerción indirecta o psicológica. Desde una perspectiva finalista si bien esta etapa pretende preservar la esfera más íntima del demandado de una intromisión excesiva del tribunal también pretende evitar la diligencia cuyos resultados pueden ser más inciertos y su desarrollo más molesto y costoso.

*Cuarta.*— La primera etapa de la fase de lanzamiento no supone una suspensión o interrupción del proceso de ejecución forzosa. Por una parte, como acabamos de concluir, porque el demandado no es libre de abandonar o no el inmueble sino que está constreñido a ello por el tribunal. Por otra parte porque durante el plazo se pueden y deben realizar un conjunto de actividades procesales que puedan contribuir a la entrega de la posesión con todas las garantías propias del proceso. En primer lugar, el tribunal debe prestar al ocupante aquella cooperación que le resulte imprescindible para atender la orden de desalojo, es decir, sin la cual el demandado no podría realizar la cooperación al desalojo que se le requiere. Puede hacerlo porque el art. 703.1 LEC permite al tribunal acordar las medidas que procedan para el desalojo. Desde el punto de vista de la eficacia, la coerción indirecta que supone la orden de desalojo no puede tener efecto alguno en aquel cuyos recursos y necesidades no se cohonestan con dicha orden; puede invocarse aquí, argumentativamente, la *regula iuris: ad impossibilitatem nemo tenetur*<sup>1</sup>; la voluntad de cumplimiento de la norma es inútil si dicho cumplimiento resulta materialmente imposible. Desde el punto de vista del acierto en la aplicación del derecho material y, en concreto, de los derechos fundamentales a través del principio de proporcionalidad, en un Estado social y democrático de Derecho que consagra derechos fundamentales y somete a ellos a los poderes públicos (arts. 9 y 53 CE) no son procedentes medidas más gravosas existiendo otras que lo sean menos: las que favorecen que el ejecutado pueda cumplir la orden de desalojo

---

<sup>1</sup> Más precisa aún la expresión de origen medieval *Ultra posse meum lex me nihil ulla coegit, nec reor esse reum* («más allá de mis posibilidades, la ley no me obliga a nada y no me considero culpable») (citado por Walther, H., *Lateinische Sprichwörter und Sentenzen des Mittelalters*, Göttingen, 1963, pág. 32103), tomado de PEREIRA MENAUT, Gerardo, *Tópica, (Principios de Derecho y Máximas Jurídicas Latinas)*, Rasche, Alcobendas (Madrid), 2010, pág. 179.



durante el plazo de garantía. El tribunal al cooperar con el ejecutado facilitando su desalojo por sus propios medios, atiende una doble función pública: contribuye a la satisfacción del demandante y garantiza, al propio tiempo, la defensa de los derechos fundamentales del demandado, por encima de los cuales no puede desarrollarse la ejecución.

*Quinta.*— Tal función de cooperación con el ejecutado (como forma de hacer viable —con proporcionalidad— la coerción indirecta representada por la orden de abandono) se puede concretar en diversas actividades procesales (la propia prórroga del plazo inicial de un mes forma parte de este mecanismo), pero su forma más efectiva, sin duda, consiste en la participación de las Administraciones Públicas con competencias para la asistencia al ciudadano ante situaciones de necesidad (sanitaria, económica, habitacional...). Las Administraciones Públicas intervienen en estos casos en ejercicio directo o inmediato de sus propias potestades de atención al ciudadano (propias de la Administración de un Estado social y democrático de Derecho), pero, al propio tiempo, actúan, indirectamente, la potestad jurisdiccional que motiva su intervención, es decir, actúan una forma peculiar de cooperación interadministrativa. Conforme a los arts. 118 CE y 17 LOPJ la intervención de la Administración se desarrolla bajo la autoridad del tribunal al que corresponde recabar su intervención y dirigirla en sus fines, si bien la selección de medios y técnicas, la asignación de recursos corresponde en exclusiva a la Administración. La Administración puede intervenir en estos casos mediante el estudio de la situación de los ocupantes, la movilización de todos los recursos a su alcance (familiares, sociales, laborales) y la prestación de los recursos públicos disponibles según las distintas características de los mismos (enfermos, ancianos, menores, situaciones de indigencia...).

*Sexta.*— La limitación del tiempo durante el cual se puede producir la asistencia al ejecutado buscando su cooperación obliga al tribunal a preparar los medios que necesitará para concretar el desalojo del inmueble una vez terminado el plazo de garantía. No cumplirá con su función de una tutela eficaz si deja pasar este plazo sin adoptar medidas que aseguren el resultado exitoso de la ulterior diligencia, medidas que puede adoptar, una vez más, entre las medidas que proceden para el

lanzamiento (entrega posesoria) al amparo del art. 703.1 LEC. La preparación supondrá, también en este caso, requerir la cooperación de las Administraciones públicas pero, en este caso, no ya para que favorezcan la posibilidad de abandono del ocupante por sus propios medios y contando con su cooperación sino para que prevean la actividad que permita el desalojo del demandado la fecha señalada para la diligencia de lanzamiento sin contar con su cooperación pero sin vulnerar, al propio tiempo, sus derechos fundamentales conforme al principio de proporcionalidad. Se tratará de medios de coerción directa (como la presencia policial de entidad suficiente) pero también de naturaleza asistencial (disponiendo de servicio de ambulancia y plaza hospitalaria en caso de un enfermo o de una vivienda de acogida en caso de familia sin recursos).

*Séptima.*— Para evitar que el plazo de garantía y las posibilidades de cooperación con el demandado que ofrece menoscabe las posibilidades de satisfacción del acreedor en la etapa siguiente, la etapa de preparación y evitación de la diligencia de lanzamiento permite adoptar medidas cautelares a instancia del demandante (art. 700 LEC).

*Octava.*— Con carácter instrumental de las anteriores finalidades de cooperación, garantía y preparación, puede ser precisa una actividad de instrucción previa o simultánea que permita al Tribunal conocer la situación real de los ocupantes y las consecuencias que el desalojo tendrá sobre ellos: comprobar los datos que, en este sentido, se deriven de los autos del juicio precedente o de las alegaciones que las partes hayan formulado al tribunal, desplazar la comisión judicial al inmueble antes de la propia diligencia de lanzamiento con el fin de levantar acta del estado de la finca, de los bienes que contiene, las plantaciones e instalaciones señaladas por el demandado, la identificación de las personas que ocupan la vivienda, la razón de su permanencia en ella y sus condiciones personales, socioeconómicas, sanitarias, o de otra índole relevantes para el desalojo. Los datos así recabados no sólo son, en sí mismos, parte de una actividad cautelar (que, en su caso, deberá solicitar el demandado) sino que, al propio tiempo, permitirán al tribunal resolver sobre la necesidad y alcance de la prestación de cooperación que pueda favorecer el desalojo, atender los diferentes requerimientos de medidas cautelares que se le

hayan dirigido así como recabar los medios que favorezca el éxito de la diligencia de lanzamiento una vez transcurrido el plazo de garantía.

*Novena.*— Varias de las tareas propias de esta primera etapa de la fase lanzamiento, a desarrollar durante el plazo de garantía, podrán realizarse en unidad de acto. Un único desplazamiento de la comisión judicial al inmueble objeto de la entrega forzosa, acompañada, de ser previsible su necesidad, de técnicos de las Administraciones Públicas competentes en la asistencia a los ciudadanos en situaciones de necesidad o desvalimiento, permitirá al tribunal realizar la instrucción necesaria sobre el estado del inmueble y de los ocupantes que servirán como fundamento, tal como hemos señalado, de las diferentes medidas de cooperación y de preparación de la diligencia de lanzamiento, así como de fundamento para la adopción de medidas cautelares. También permitirá constatar la presencia de terceros ocupantes iniciando los trámites previstos en los arts. 661 y 675.3 LEC (comenzando por el requerimiento de los títulos de que disponga el ocupante). Esta tarea concentrada de instrucción, al favorecer el éxito de las funciones de esta fase puede considerarse una medida pertinente en los términos del art. 703.1 LEC.

*Décima*— Con la “diligencia de lanzamiento” la voluntad del deudor queda ya descartada como mecanismo procesal de desalojo. Esto no significa que la única forma de proceder al desalojo en esta fase deba ser la coerción directa (*vis ablativa*) y, menos aún, que la única forma de proceder durante la diligencia de lanzamiento consista necesariamente en una restricción de la libertad ambulatoria del ocupante, *manu militari*, a cargo de la policía judicial, desplazándolo contra su voluntad fuera del inmueble que ocupa (previo quebranto de dispositivos de acceso bajo su control como cerraduras o similares o el vencimiento de cualquier otra resistencia) e impidiéndole el retorno al mismo (mediante sustitución de los medios de control de acceso por otros bajo control del demandante o retirada definitiva de ciertos instrumentos de control físico, como animales, etc.). Las medidas de desalojo a adoptar durante la diligencia de lanzamiento deben ser, como ya lo eran en la fase anterior, acordes con el principio de proporcionalidad, atendidas la realidad personal de los ocupantes (su edad, estado de salud,

condiciones existenciales), sus recursos (tanto económicos como familiares o sociales), la situación coyuntural existente al momento del desalojo (desde el tiempo atmosférico a la disponibilidad de plazas en hospitales o albergues) y los medios con que las Administraciones Públicas puedan compensar aquellas circunstancias. Dicho de otro modo: si la voluntad del demandado puede ser relegada de modo absoluto no pueden serlo del mismo modo sus derechos fundamentales: las exigencias de proporcionalidad derivadas de la Constitución y de los tratados y convenios sobre derechos humanos suscritos por España no pueden ser ignoradas con el único fundamento de haber esperado dos meses. La falta de definición legal de qué actividad concreta es «lanzamiento», la amplitud con que se atribuye al tribunal la determinación de estas medidas «procedentes» y las exigencias del máximo rango para respetar el principio de proporcionalidad conducen a esta conclusión. La ejecución «sin consideración de ningún género», como afirmaban nuestras normas decimonónicas no es posible en el marco constitucional del Estado social y democrático de Derecho ni lo consiente el proceso con todas las garantías propio de este Estado. Todo ello significa que el demandado para quien el desalojo debe suponer quedar sin hogar, es decir, sin protección frente al entorno debe recibir asistencia del Estado. Esta asistencia corresponde proporcionarla a las Administraciones públicas con competencias para ello actuando, a su vez, en cumplimiento de una labor de cooperación con la Administración de Justicia (art. 118 CE y 17 LOPJ) y, por consiguiente, en ejercicio (indirecto) de la jurisdicción bajo la dirección del tribunal. La actuación de la Administración requerida procederá durante la diligencia de lanzamiento bajo la dirección del tribunal y, en concreto, de la Comisión judicial que determinará el momento de la diligencia en que tal intervención debe producirse.

*Decimoprimeras.*— La principal diferencia entre la actividad procesal durante el plazo de garantía y la desarrollada con posterioridad consiste en que durante la diligencia de lanzamiento no queda margen para la voluntad del demandado: incluso la cooperación o asistencia que en este momento pueda desarrollar la Administración Pública adquiere carácter forzoso —incluso si fuera una intervención de carácter social, que, en principio, al menos según el criterio del tribunal y de la Administración interviniente, sólo favorece al ocupante—. La

oposición o resistencia del demandado ocupante a la adopción de medidas de intervención social adoptadas por el tribunal y ejecutadas por las Administraciones competentes será un factor a considerar al valorar la proporcionalidad de la intervención; dicho de otra forma: una negativa injustificada a aceptar los medios con que la Administración pretende atemperar los efectos del desalojo justifica (dentro de un cierto límite, pues nunca se consiente la lesión de personas desvalidas) un mayor grado de restricción de los derechos fundamentales del ocupante como consecuencia de dicho desalojo.

*Decimosegunda.*— La fecha y hora señalada para la realización de la diligencia de lanzamiento no supone indefectiblemente un *dies ad quem* para la satisfacción del acreedor, sino únicamente el *dies a quo* para que el tribunal inicie la actividad de desalojo pertinente (aquella que sea adecuada y proporcionada según lo determinado por el decreto o decretos de concreción de medidas ejecutivas —art. 551.3 LEC—) sin exigencia alguna de cooperación del demandado. Incluso la más intensa de las actuaciones (el desalojo *manu militari* por fuerza de policía con la que frecuentemente se identifica el lanzamiento —y que, en ocasiones, será necesario—) requiere un tiempo para el cual la hora señalada no supone, obviamente, plazo perentorio alguno, como tampoco lo es la «jornada» del día del señalamiento: terminada la hora admisible para su desarrollo (horas diurnas), se debe interrumpir la diligencia de lanzamiento para continuar en otra sesión o jornada.

*Decimotercera.*— Las posibilidades de que la diligencia de lanzamiento determine la entrega del inmueble precisamente en la fecha señalada dependerán, en gran medida, de que la comisión judicial disponga en dicho momento de todos los medios oportunos para actuar conforme a las exigencias de eficacia y proporcionalidad exigidas. Se pone de manifiesto, desde este punto de vista, la relevancia de la fase precedente para el éxito de la diligencia: sólo si el tribunal ha identificado adecuadamente las condiciones de ocupación y las necesidades requeridas por el desalojo y ha recabado los medios oportunos (a través de los oportunos oficios, mandamientos, requerimientos), de modo que tales medios estén a disposición de la Comisión judicial en la fecha señalada (auxilio judicial, fuerzas

de seguridad, servicio sociales, solicitud de alojamiento alternativo de emergencia a cargo de Administraciones Públicas, presencia de los servicios de atención a menores —con la previsión de recursos que se consideren apropiados—, etc.) la ejecución podrá consumarse en tal momento procesal y la diligencia de lanzamiento tendrá éxito. En otro caso, si el tribunal no ha dispuesto de información sobre la situación existente (porque las partes no la han notificado o el tribunal no ha adoptado de oficio medidas al respecto), no ha actuado ante la información disponible o no ha logrado recabar los medios apropiados (por falta de cauces de cooperación con las Administraciones Públicas, por la falta de tiempo para que éstas puedan organizar o realizar a tiempo sus intervenciones, por la falta coyuntural de los medios apropiados...), la diligencia de lanzamiento adquirirá una mera función instructora, sirviendo para constatar las circunstancias de la ocupación (y de los ocupantes) o la discrepancia entre dicha situación y la considerada en los decretos de concreción de medidas ejecutivas que ordenan la diligencia o la insuficiencia de medios puestos a disposición de la comisión judicial por las Administraciones públicas, debiendo la comisión judicial interrumpir el desarrollo de la diligencia y ordenar el secretario judicial su suspensión, adoptando nuevas medidas de ejecución realizando un nuevo señalamiento de la diligencia para la fecha en que se estime que dichas medidas estarán disponibles.

*Decimocuarta.*— La cooperación de los tribunales con las Administraciones públicas durante el lanzamiento será tanto más efectiva en cuanto existan cauces institucionalizados para la misma, pero puede ser recabada incluso sin ellos, a partir del deber de cooperación de las Administraciones con otros poderes públicos (arts. 4 y sigs. LRJ-PAC) y singularmente con la Justicia (art. 118 CE) y de la sumisión de las Administraciones al desarrollo de sus potestades en las materias para las que sean requeridas. Serán las denominadas unidades administrativas los órganos clave de esta relación (como unidades de la Administración de Justicia al frente tanto de la oficina judicial como de las oficinas comunes de apoyo donde se insertan medios de distintas Administraciones de los que no disponga la oficina judicial: art. 439 LOPJ), salvo que se articulen otros cauces directos de comunicación en el marco de convenios de cooperación.

*Decimoquinta.*— La diligencia de lanzamiento no es una actividad administrativa sino jurisdiccional, por ello su desarrollo, a cargo de la comisión del juzgado integrada por funcionarios de los cuerpos de auxilio y gestión procesal, debe estar amparada por resoluciones escritas previas del secretario judicial (a su vez desarrollo de la orden general de ejecución que interpreta el título ejecutivo). Por otra parte, esta actuación estará enmarcada en el respeto a los derechos fundamentales por lo que su restricción sólo será posible en la medida en que lo consientan las resoluciones expresas que se actúan, conforme a una interpretación restrictiva. De tal modo, si la realidad con la que se encuentra la comisión judicial se aparta de la realidad que fundamentó (de modo expreso o implícito) el decreto o decretos de medidas ejecutivas, la comisión debe proceder a la interrupción de la diligencia que permita al secretario judicial (en su caso al juez) pronunciarse sobre la actividad procedente y, en su caso, a la suspensión de la diligencia de lanzamiento para recabar los medios adecuados de las Administraciones competentes con señalamiento de nueva fecha de lanzamiento. El decreto de suspensión así como el de concreción de las nuevas medidas ejecutivas acordadas será susceptible de recurso de revisión (art. 551.5 LEC).

*Decimosexta.*— Para evitar que la Comisión judicial se encuentre ante situaciones no avaladas por una resolución expresa los decretos de concreción de medidas ejecutivas deberían disponer las reglas que debe seguir la comisión ante distintas situaciones: presencia de terceros (identificando, de ser conocidos, quienes son familiares del demandado o personas bajo su dependencia —de modo que frente a ellos no se interrumpirá la diligencia salvo que invoquen un derecho propio a la posesión—; identificando, asimismo, los sujetos frente a los que se dirige la ejecución por haber sido declarados responsables de la entrega conforme a los arts. 661, 675 o 704.2 LEC —mediante auto del juez—); situaciones de desvalimiento conocidas y modo de actuar ante las que no lo fueran; situaciones de riesgo de quedar sin hogar y el modo en que la comisión debe afrontarlas con los recursos que la Administración citada mediante oficio pueda disponer —y el modo de proceder en caso de inasistencia de dicha Administración—, etc. Tal grado de precisión, que puede mejorar la eficacia de la ejecución y la proporcionalidad de la misma podría quedar orientado en los protocolos de

actuación en el procedimiento elaborados por los secretarios directores provinciales.

*Decimoséptima.*— Las partes pueden impugnar mediante los recursos procedentes aquellas resoluciones procesales que ordenen actos que consideren contrarios a los derechos fundamentales en relación con el principio de proporcionalidad. Si dichas resoluciones son decretos del secretario judicial concretando las medidas ejecutivas procedentes para el lanzamiento la impugnación adoptará la forma de recurso directo de revisión (art. 551.5 LEC) frente al que no cabrá apelación (art. 545 bis 3) pero sí recurso de amparo constitucional (art. 44 LOTC). Al interponer el recurso de revisión se podrá acordar la suspensión de la actividad impugnada (incluida la diligencia de lanzamiento si es la forma en que esta se ordena la que produce vulneración de derechos) pero aparte que la solicite debe prestar caución salvo que goce de beneficio de justicia gratuita. Frente a las actuaciones materiales de la comisión judicial, incluidas las desarrolladas durante la diligencia de lanzamiento, que, según criterio de las partes vulneren su derechos fundamentales en relación con el principio de proporcionalidad, pero no queden cubiertas por las resoluciones que ordenan la diligencia cabe la impugnación que prevé el art. 562.2.3.º LEC, presentando escrito en el que se exprese la infracción cometida y la resolución que se pretende para subsanar la infracción alegada. Si la actividad material que se pretende impugnar se desarrolla durante la diligencia de lanzamiento y no está consumada, el perjudicado podrá comunicarlo a la comisión judicial que valorará la posibilidad de interrumpir la sesión de la diligencia en curso para permitir la impugnación ante el secretario judicial. Al presentar la impugnación se podrá solicitar la suspensión de la diligencia de lanzamiento (aplicación extensiva del art. 567 LEC y arg. ex arts. 56 LOTC y 128 LEC), la nueva resolución que ordene la diligencia conforme a los derechos fundamentales y la fecha de reanudación de la diligencia. Los decretos que ordenan la diligencia de lanzamiento y los protocolos de actuación en el procedimiento deberían ordenar a la comisión el modo de proceder en caso de que alguna de las partes solicite la interrupción de la diligencia con la finalidad de interponer escrito de impugnación de las actuaciones materiales.



*Decimoctava.*— Todo retraso en el lanzamiento más allá del plazo de garantía reconocido legalmente supone el fracaso de la organización estatal de la ejecución forzosa. Aunque el retraso se deba a la atención debida a los derechos fundamentales del demandado, ello no justifica la vulneración de los del demandante a un proceso sin dilaciones. El coste que supone garantizar los derechos fundamentales de los ocupantes de una vivienda que van a quedar sin hogar como consecuencia de un lanzamiento debe asumirlo el Estado y no los propietarios de pisos azarosamente vinculados a un ocupante insolvente. Por ello, el demandante afectado podrá reclamar una indemnización de la Administración de justicia y de las Administraciones públicas en las que el tribunal haya confiado una actuación ejecutiva asistencial (arts. 139 y sigs. LRJ-PAC y 292 y sigs. LOPJ).

*Decimonovena.*—El desalojo de los ocupantes no siempre pone fin a la fase de lanzamiento. Por una parte, el desalojo no siempre coincide con la entrega efectiva de la posesión si el demandado, pese a no ocupar el inmueble, realiza actos de perturbación posesoria que imposibilitan la posesión plena por el demandante (seguir ocupando una parte del inmueble, impedir el acceso franco al mismo; obstaculizar la realización de aquellos actos que evidencian el poder sobre el inmueble...). Corresponde al tribunal remover dichos obstáculos todavía como parte de la fase de lanzamiento en cuanto fase encaminada a otorgar al demandante una posesión que no se ha alcanzado. Por otra parte, un desalojo contraviniendo los derechos fundamentales de los ocupantes es un desalojo forzoso prohibido por el derecho nacional e internacional de los derechos humanos y la actividad del tribunal, en el contexto de un proceso con todas las garantías debe alcanzar la tarea de impugnación y restauración del orden que dicho proceso debe permitir alcanzar. En este sentido, corresponde al ocupante afectado por esta actuación impugnar la actuación del tribunal para lo que dispone de tres vías: primero, impugnar por medio de recurso de revisión la resolución del tribunal que ponga fin a la ejecución forzosa dejando al ocupante desalojado sin hogar o la que resuelva negativamente la solicitud de que el tribunal requiera la cooperación de las Administraciones públicas en forma de intervención asistencial que requería el proceso con todas las garantías y el principio de proporcionalidad (arg. ex art.

570 LEC); en segundo lugar, impugnar, por medio del incidente de nulidad de actuaciones (art. 228 en relación con el 562.2 LEC), la actuación realizada de desalojo que haya vulnerado alguno de los derechos fundamentales a que alude el art. 52.2 CE, esta nulidad exigiría la autorización de retorno del demandado al inmueble que ocupaba; en tercer lugar, solicitar la indemnización de los perjuicios causados por un desalojo realizado contraviniendo el ordenamiento (arts. 139 y sigs. LRJ-PAC y 292 y sigs. LOPJ). La negativa a otorgar protección al derecho fundamental vulnerado por alguna de las vías anteriores permitirá a las partes afectadas interponer recurso de amparo ante el TC (artículo 44 LOTC) y, tras éste, a la tutela propia de órganos internacionales como el TEDH (artículo 35 del CEDH de ) o el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 diciembre de 1966, en vigor en España de 1985).

*Vigésima.*— El «lanzamiento directo» regulado para la ejecución de las sentencias de desahucio puede ser conforme a los principios de un Estado social y democrático de Derecho si se interpreta conforme a éstos. La desaparición de la fase de despacho y de la etapa de la fase de lanzamiento (sub-fase o etapa de preparación y de evitación de la diligencia de lanzamiento) no impedirá la valoración de las actividades de desalojo previstas desde el punto de vista de su alcance sobre los derechos fundamentales conforme al principio de proporcionalidad. Esta valoración se pospondrá, sin embargo, al momento en que habiendo demostrado la comisión judicial la imposibilidad de desarrollar la diligencia el día señalado por falta de medios para la ejecución, deba interrumpir la diligencia, el secretario judicial dictar un decreto de suspensión y resolver, ahora de forma expresa y circunstanciada, sobre las medidas ejecutivas que sean procedentes. La comisión judicial actuando en ejecución directa del título ejecutivo, sin demanda de ejecución, despacho, orden general de ejecución o decretos de concreción de medidas ejecutivas difícilmente podrá realizar en el inmueble otra actividad que la de constancia de las circunstancias que imposibilitan o impiden el desalojo.



***Primera.*— El lanzamiento de vivienda es una fase del proceso de ejecución forzosa con la que se persigue la entrega de la posesión inmediata del bien inmueble en que el deudor ha establecido su vivienda, al acreedor que tiene derecho ella según lo previsto en un título ejecutivo. El lanzamiento, en cuanto actividad procesal, debe estar dotada de todas las garantías necesarias para la eficacia y el acierto en la aplicación del derecho que identifican la jurisdicción.**

La actividad de ejecución forzosa se configura en la LEC (por exigencia del art. 117.3 CE) como un verdadero proceso (el proceso «con todas las garantías» que reconoce como derecho fundamental el art. 24.2 CE), es decir, una institución jurídica asumida por el Estado para servir de instrumento al ejercicio de la jurisdicción, siendo ésta la función de aplicación del derecho con todas las garantías de acierto y eficacia que han sido decantadas históricamente a través de la evolución de los sistemas jurídicos de nuestro ámbito cultural. Sólo la concurrencia en la aplicación del derecho de las garantías mencionadas permite calificar tal aplicación como verdadera o efectiva tutela (art. 24.1 CE), tutela del derecho propia de la jurisdicción.

Con el proceso de ejecución, pues, no sólo se persigue una aplicación del derecho dotada de la eficacia mediante la superación de la resistencia volitiva del deudor frente al cumplimiento empleando técnicas de coerción y de sustitución —avaladas por la autoridad estatal del tribunal: art. 118 CE—, sino que simultáneamente se persigue la aplicación del derecho dotada de acierto mediante la resolución por el tribunal de las incertidumbres jurídicas que toda aplicación del derecho conlleva empleando para ello ciertas garantías instrumentales al servicio de una acertada cognición: la conflictividad del objeto procesal, la contradicción entre partes y la imparcialidad del tribunal. La incertidumbre que debe resolverse en el proceso de ejecución puede referirse, por una parte, a su causa o fundamento: la regularidad formal del título ejecutivo (fundamento formal de la ejecución) y demás presupuestos procesales, a la propia vigencia o eficacia de la acción ejecutiva (fundamento sustancial de la

ejecución, presumido merced al título); pero también al alcance de la responsabilidad y la corrección de la actividad procesal con la que se exige, esto es, la determinación del ámbito de la esfera jurídica del deudor —genéricamente sujeta a responsabilidad— que puede ser afectada por las medidas de coerción y de sustitución aplicadas por el tribunal y, correlativamente, al alcance y modalidades de medidas ejecutivas concretas sobre dicha esfera jurídica. Esta última cuestión litigiosa debe ser objeto de cognición y resolución judicial (fundamentalmente, en los decretos de concreción de medidas ejecutivas dictados por el secretario judicial tras el auto despachando ejecución, como prevé el art. 551.3 LEC) y susceptible, asimismo, de debate procesal entre partes (*audiatur et altera pars*) si bien tal posibilidad de contradicción adoptará la forma diferida o reactiva propia de la actividad procesal de ejecución: a través de recursos (fundamentalmente, el recurso de revisión directo contra los citados decretos: arts. 551.5 LEC o la pretensión impugnatoria prevista en el art. 562.1.3º LEC).

**Segunda.**— Entre las garantías del proceso de ejecución se cuenta la de sumisión de la ejecución al derecho material (principio de conexión de la ejecución con el derecho material o principio de derecho material) y, en particular —exigencia indeclinable en un Estado social y democrático de Derecho— la sumisión del órgano ejecutor a la tutela de los derechos fundamentales de la persona desalojada. La vigencia de los derechos fundamentales del ocupante de vivienda en trance de desalojo en el proceso para la satisfacción de los derechos (también fundamentales) del demandante, exige una ponderación de derechos fundamentales para la que es instrumental el principio de proporcionalidad. La ponderación de derechos y la aplicación del principio de proporcionalidad corresponde efectuarla tanto al legislador, al determinar la estructura y medios de la fase de lanzamiento (proporcionalidad en la ley) como al tribunal ejecutor, al seleccionar los medios ejecutivos que correspondan en cada etapa de dicha fase (proporcionalidad en la aplicación de la ley).

Según el principio de conexión de la ejecución con las normas de derecho material, éstas rigen la cognición del tribunal necesaria para delimitar aquella zona de la esfera jurídica del deudor que debe ser desalojado —ocupante de vivienda— susceptible de sumisión a la actividad ejecutiva (responsabilidad) y, en consecuencia, para delimitar los medios concretos de ejecución apropiados para cada caso —las medidas ejecutivas concretas en que consiste el lanzamiento—. Entre las normas materiales mencionadas destacan las normas constitucionales que consagran los derechos fundamentales, así como las normas internacionales sobre derechos humanos. En un Estado social y democrático de Derecho como el que construye con nuestra Constitución (art. 1.1 CE) los poderes públicos quedan sometidos a las normas constitucionales (art. 9.1 CE) y, entre ellas, las que reconocen con diversos grados de protección (tal como se manifiesta en los diversos apartados del art. 53 CE) los derechos fundamentales, interpretadas de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (art. 10.2 CE).

El tribunal, por consiguiente, al aplicar normas procesales que suponen restricción de derechos fundamentales aplica la Constitución que le vincula (art. 53.1 CE) e informa su actuación en tales derechos (art. 53.3 CE), rechazando toda interpretación que pueda vulnerar su contenido esencial del o el principio de proporcionalidad (principio de proporcionalidad en la ley); si el tribunal no puede cohonstar la norma vigente con el respeto a los derechos fundamentales deberá plantear ante el TC la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE y 5 LOPJ). La sumisión a la Constitución y a los tratados y acuerdos sobre derechos humanos pasa a primer plano cuando, por decisión del legislador, el tribunal no queda sometido a normas legales: en tal caso, el tribunal se convierte en el aplicador inmediato de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y del principio de proporcionalidad instrumental de dicha aplicación (principio de proporcionalidad en la aplicación de la ley).

***Tercera.*— Siendo función del lanzamiento de vivienda la expulsión del ocupante de una vivienda (lanzamiento como resultado) es lógico que en torno a ésta se articulen los derechos fundamentales del demandado que el tribunal debe tener en cuenta para determinar los medios de ejecución previa**

**ponderación con los derechos fundamentales del demandante (en particular el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas) conforme al principio de proporcionalidad. Entre los derechos del demandante objeto de ponderación se cuenta el derecho a la vivienda, como derecho de naturaleza económico social cuya protección constitucional (y por normas internacionales sobre derechos humanos) se confía a principios (mandatos de optimización). El alcance de los principios depende en gran medida de los recursos (naturaleza prestacional y programática) y circunstancias concretas de cada caso (derechos *prima-facie*), en cuya asignación el Estado dispone de un amplio margen de decisión político (principio democrático); sin embargo, el derecho a la vivienda, como otros derechos económico-sociales también conlleva exigencias de abstención no vinculadas directamente a los recursos. Además, la privación de vivienda supone la lesión —a veces indirecta, pero o tras directa e inmediata— de un complejo de derechos «relativos a la vivienda» que tienen en ella su soporte y que se consideran derechos civiles y políticos (como el derecho a la integridad física y moral o el derecho a la vida privada y familiar) cuya protección es menos dependiente de los recursos y que presentan un núcleo esencial indisponible por el legislador bajo ninguna circunstancia (derechos definitivos).**

La vivienda es un objeto que merced a su función (protección de las personas frente al entorno agresivo) se convierte en el soporte material de un conjunto de bienes (integridad física y moral, intimidad, seguridad...). Tanto la vivienda en cuanto objeto como los bienes que ésta protege están configurados en el ámbito constitucional e internacional, como posiciones jurídicas iusfundamentales (derechos fundamentales) porque son protegidas por normas del máximo rango, vinculantes para todos los poderes públicos. Se trata, pues, de un conjunto de derechos fundamentales vinculados a la vivienda: los «derechos relativos a la vivienda», en terminología propia del derecho internacional de los derechos humanos. Tales derechos, incluyen posiciones jurídicas protegidas de naturaleza económico-social, es decir, derechos económicos y sociales (como el derecho al acceso y conservación de una vivienda digna, el derecho a la protección de la infancia —vinculado a la vivienda— o el derecho a la protección de la salud

—vinculado a la vivienda—) y otras posiciones jurídicas protegidas de naturaleza existencial (como el derecho a la integridad física y moral y el derecho a la vida privada y familiar que resultan protegidas por la vivienda, considerados entre los derechos civiles y políticos). Cada uno de estos tipos de derechos impone al Estado obligaciones (exigencias de abstención por parte de los poderes públicos, exigencias de prestación a cargo de los poderes públicos; exigencias de protección frente a terceros), de distinto alcance según la naturaleza de las normas que protegen cada posición (bien normas que exigen una satisfacción estable o similar en cada supuesto, al menos en el considerado núcleo esencial del derecho —reglas— bien normas que exigen una optimización de la posición jurídica según las circunstancias concurrentes en cada caso —principios—). Los derechos calificados como derechos económicos y sociales (como el derecho al acceso y conservación de la vivienda digna) se amparan en principios (mandatos de optimización de resultados) cuya satisfacción depende, en muchos de sus aspectos, de opciones políticas previas del legislador sobre la asignación de recursos (principio democrático) y sobre la determinación de los mecanismos sociales de satisfacción de necesidades (mercado libre, protegido o prestaciones públicas, por ejemplo); tales estas decisiones condicionan las posibilidades de optimización del derecho en el marco de la legislación dada en la que el legislador ha realizado sus opciones. Sin embargo, también los derechos económico sociales conllevan decisiones que son ajenas a los recursos, abstenciones de los poderes públicos que no suponen un gasto inmediato para el Estado (de ahí la prohibición del lanzamiento que deja personas sin hogar). Por otra parte, todos los derechos protegidos mediante reglas que protegen su núcleo esencial (integridad física y moral, vida privada...), lo son, a su vez, mediante principios, que procuran su optimización en las circunstancias concretas: de modo que no sólo tienen un núcleo esencial inviolable sino que conllevan un mandato de optimización.

El tribunal en la fase de lanzamiento debe, por consiguiente, distinguir entre límites absolutos a la actividad de lanzamiento (determinados por reglas: prohibición de afectar el núcleo esencial de los derechos civiles a la vida, integridad física y moral, vida privada...) y límites relativos (determinados por principios como mandatos de optimización del resultado favorable a la



conservación de la vivienda, la integridad física y moral, la salud, la vida privada y familiar...), aplicando para la eficacia de éstos últimos criterios de proporcionalidad que tendrán en cuenta los medios con que cuenten los tribunales y la Administraciones Públicas en las que se apoyan para su tarea.

La interdependencia entre todos los derechos humanos y fundamentales, puesta expresamente de relieve por el derecho internacional de los derechos humanos, se manifiesta de forma muy intensa en el trance de lanzamiento cuando el desalojo tiene como resultado que los ocupantes queden sin hogar (de modo permanente e inevitable: es decir, sin posibilidad de satisfacer, de ningún modo, su necesidad de vivienda) y, por tanto, expuestos a los rigores del entorno físico y social. En efecto, aunque el Estado cuenta con un amplio margen de decisión para determinar su forma de satisfacción del derecho a la vivienda (a través de la ordenación del mercado, mediante prestaciones públicas...) y no está obligado *a priori* a proporcionar una vivienda a todo aquél que la necesite, es discutible que una acción directa del Estado (actuando a través del tribunal a cargo del lanzamiento) pueda privar a un ciudadano de la vivienda que ocupa (aunque sea indebidamente) sin tener en consideración su posibilidad de alojamiento alternativo pues en tal caso la pretendida «optimización» que se reclama del principio (derecho a la vivienda) queda reducida a la nada: todo óptimo supone, al menos, un mínimo. Pero resulta que, además, la desprotección absoluta del derecho a la vivienda equivale, en estos casos, casi con toda seguridad, a una vulneración de derechos relativos a la vivienda de carácter civil (a la integridad física y moral, a la intimidad, a la seguridad...), sobre todo en caso de personas desvalidas (menores, ancianos...).

**Cuarta.**— Los órganos técnicos y políticos a los que tratados internacionales sobre derechos humanos tanto en el ámbito global o universal (Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacionales de Derechos Económicos Sociales y Culturales) como en el regional (Declaración Universal de Derechos Humanos y Carta Social Europea) encomiendan la efectividad de tales derechos (órganos del Sistema de Naciones Unidas y del Consejo de Europa,

**respectivamente) han revelado la denominada prohibición de «desalojos forzosos» como garantía específica de los derechos relativos a la vivienda en trance de lanzamiento y concretado a partir de ella un elenco de garantías procesales que asegurarían su vigencia en el marco específico de un proceso.**

La interpretación conjunta de los derechos relativos a la vivienda por los órganos encargados por los tratados internacionales sobre derechos humanos de vigilar y fomentar su cumplimiento (en el sistema de Naciones Unidas: Consejo de Derechos Humanos —antes Comisión y Subcomisión de Derechos Humanos—; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Relatores especiales para la vivienda adecuada; en el Consejo de Europa: Comité Europeo de Derechos Sociales; principalmente) han considerado que un elemento común a todos ellos es la denominada «prohibición de desalojos forzosos» como garantía de los derechos relativos a la vivienda en el momento del desalojo o lanzamiento. Algunos de estos órganos han llegado a enumerar, como desarrollo interpretativo de esta prohibición, aquellas garantías procesales necesarias para cumplir esta prohibición en el curso del lanzamiento: la necesidad de un preaviso razonable de desalojo; la exigencia de contactos o negociaciones previas con los ocupantes del inmueble; asistencia jurídica a los ocupantes; identificación de los agentes a cargo del desalojo; prohibición de desalojos nocturnos; respeto durante el desalojo de los bienes materiales de los ocupantes; respeto durante la actividad de desalojo a la integridad personal y moral de los ocupantes; prohibición de abuso de la fuerza, protección a los más débiles con asistencia adecuada a sus necesidades específicas; compensación por los daños que el sujeto desalojado no deba soportar y, sobre todo, la prohibición de que los desalojos dejen a las personas sin hogar (Observación General núm. 7 del CDESC; Directrices sobre desalojos elaboradas por los relatores especiales para la vivienda adecuada; decisiones del Consejo Europeo de Derechos Sociales). Se trata, es cierto, de una interpretación realizada por órganos que son técnicos y políticos —no son tribunales— y que, por consiguiente, no sientan jurisprudencia. Pero son órganos institucionalizados en el seno de las organizaciones internacionales impulsoras de los tratados sobre derechos humanos y son, por tanto, órganos en los que los Estados signatarios han delegado una función de orientación interpretativa, lo que exige otorgar a sus resoluciones la consideración como doctrina autorizada.

Tales conclusiones, extraídas interpretativamente de la de los tratados internacionales sobre derechos humanos, vincularían, de ser su interpretación correcta, al tribunal nacional en tanto que los derechos fundamentales consagrados por la CE deben ser interpretados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España en estas materias (art. 10.2 CE). Aun más: tal conclusión interpretativa, de ser correcta —tal como creemos—, podría extraerse igualmente del propio texto constitucional cuya consagración de los derechos humanos no difiere grandemente de su consagración internacional

**Quinta.**— El tribunal debe determinar las medidas apropiadas para el lanzamiento ponderando los derechos fundamentales sobre los que inciden, satisfaciendo o restringiendo, en diverso grado, sea derechos del demandante —a la tutela efectiva y, en particular, a un proceso sin dilaciones, a la propiedad, etc.—, sea derechos del demandado —derechos relativos a la vivienda—; buscando su optimización respectiva con aplicación del principio de proporcionalidad. Esta tarea interpretativa es siempre circunstanciada y exige al tribunal tomar en consideración las condiciones reales concurrentes en cada caso concreto, valorando la idoneidad de las medidas para el fin que persiguen, su necesidad así como el equilibrio entre restricción y satisfacción de derechos (proporcionalidad en sentido estricto). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha defendido esta exigencia de proporcionalidad en la ponderación legislativa y judicial de los derechos a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), de una parte, y a la tutela judicial efectiva —en particular, a la duración razonable del proceso (art. 6 CEDH) y a la propiedad (art. 1 del Protocolo Adicional núm. 1 al CEDH), de otra. La proporcionalidad se rompe, según el TEDH si la duración del proceso de ejecución se prolonga *sine die* y en virtud de factores fuera del control del tribunal ejecutor.

El tribunal, en trance de lanzamiento se encuentra (en particular, al seleccionar los medios de ejecución procedentes para llevarlo a cabo) ante derechos fundamentales cuya satisfacción plena no es posible: por una parte, los derechos

fundamentales del demandante, sea a la tutela efectiva (que incluye la prohibición de dilaciones indebidas) o aquellos otros que hubieran sido amparados por la sentencia (derecho de propiedad sobre el inmueble, que, obviamente, se resiente cuanto más se dilata la ejecución); y, por otra, los derechos fundamentales del demandado articulados en torno a la vivienda que debe abandonar (cuya protección en muchas ocasiones, requiere el aplazamiento del desalojo), lo que introduce en la selección de las medidas ejecutivas exigencias de ponderación conforme al principio de proporcionalidad.

La proporcionalidad supone que el legislador primero (principio de proporcionalidad en la ley) y el tribunal, después (mediante labor de interpretación de la ley en el margen más o menos amplio dejado por el legislador procesal: principio de proporcionalidad en la aplicación de la ley), al determinar el alcance y los medios necesarios de ejecución para dar satisfacción al derecho fundamental del acreedor a una tutela efectiva (que es tutela sin dilaciones) no pueden restringir ninguno de los derechos fundamentales del demandado implicados sin considerar previa y rigurosamente la idoneidad de la medida restrictiva de un derecho para satisfacer el otro (principio de idoneidad), la selección de la medida menos restrictiva de entre las idóneas y posibles (principio de necesidad) y el equilibrio entre las medidas más efectivas para el acreedor y las menos lesivas para el deudor (principio de proporcionalidad en sentido estricto). Este análisis de proporcionalidad es un análisis circunstanciado, propio de cada caso concreto teniendo en cuenta las diversas circunstancias concurrentes de las partes y los medios al alcance del tribunal (incluyendo los que el tribunal pueda reclamar de las Administraciones Públicas).

En sentido parecido, el TEDH, al ocuparse supuestos en que el desalojo de una vivienda supondría una merma de los derechos a la vida privada y familiar de sus ocupantes (art. 8 CEDH) pero en los que el retraso en la entrega lo supondría, al propio tiempo, del derecho a la tutela efectiva del demandante de ejecución (art. 6 CEDH) y de su derecho de propiedad (consagrado en el primer protocolo adicional al CEDH), ha puesto de manifiesto algunas circunstancias concretas a tener en cuenta en la determinación de dicho punto de equilibrio: la salud y

edad de los ocupantes que deben ser desalojados; la posibilidad para éstos de encontrar alojamiento alternativo; la necesidad del inmueble para los demandantes; la titularidad pública o privada del inmueble de cuya entrega se trata; la responsabilidad del demandante en el retraso que sufre el proceso; la complejidad objetiva del caso; el grado de responsabilidad del demandado en su situación particularmente, la gravedad del ilícito del que se deriva su desalojo y la existencia de un procedimiento que permita valorar el efecto real del lanzamiento sobre los ocupantes y las medidas alternativas disponibles (es decir, el procedimiento para determinar la proporcionalidad de una medida como exigencia, él mismo, de proporcionalidad).

Aunque la intensidad relativa de los distintos factores puede influir en una mayor o menor duración del tiempo considerado una plazo razonable para resolver el proceso y justificar, por tanto, mayores o menores retrasos en el cumplimiento de la sentencia, el TEDH deja claro que no cabe un retraso *sine die* o que deje en la más absoluta indefinición el momento en que ha de producirse el desalojo sin vulnerar el derecho del demandante a la tutela y aquellos otros que éste amparaba (la propiedad, por ejemplo).

**Sexta.— Según los derechos humanos relativos a la vivienda, el lanzamiento no debe tener como resultado que queden personas sin hogar y se debe procurar una protección especial de las personas vulnerables contra los efectos adversos que pueda tener el desalojo; esto implica que en el lanzamiento deban intervenir, a instancia del tribunal y bajo su dirección, las Administraciones Públicas a las que corresponde la procura existencial del ciudadano en el Estado social y democrático de Derecho.**

En los procesos de ejecución para la entrega de bienes inmuebles se deja un amplio margen interpretativo para que el tribunal determine los medios de ejecución que considere procedentes (art. 703.1 LEC): esta amplitud para determinar los medios ejecutivos concretos hace que el tribunal quede directamente constreñido por las normas constitucionales e internacionales que consagran derechos humanos como fundamentales presentes en el lanzamiento

de vivienda y a su cargo la ponderación conforme al principio de proporcionalidad de tales derechos (la denominada proporcionalidad en la aplicación de la ley).

Para determinar tales medios deberá considerar la situación concreta en que se encuentran los ocupantes del inmueble a desalojar, determinar los derechos fundamentales amenazados por el desalojo y considerando los medios disponibles, seleccionar aquellos que impidan la vulneración del núcleo esencial de los derechos de naturaleza civil y, simultáneamente, le permitan optimizar el grado de satisfacción (o conservación) de los derechos fundamentales amparados por principios mediante una ponderación de derechos conforme al principio de proporcionalidad.

En este sentido, ante situaciones de necesidad de aquellos ocupantes que no dispongan de recursos (económicos, familiares o sociales) que les permitan disponer de alojamiento alternativo y evitar así el desvalimiento quizá el único medio adecuado y necesario sea la obtención de la colaboración de aquellas Administraciones Públicas que tengan a su cargo la atención a las personas con menos recursos o en situación de necesidad. En un Estado social y democrático de Derecho donde al poder público corresponde un papel activo en la procura existencial del ciudadano (vinculado por derechos fundamentales, incluidos los de carácter económico-social) no puede el tribunal dejar de considerar entre las medidas que procedan aquellas que implican la intervención de los poderes públicos que tienen entre sus funciones la atención a los ciudadanos en situaciones de necesidad: no podrá dejar de acudir a la cooperación de dichas Administraciones como actividad de ejecución apropiada para el lanzamiento, pues sólo en la medida en que las Administraciones intervinientes impidan dicho resultado de desvalimiento que para ciertas personas y en ciertas circunstancias supone el desalojo, podrá éste realizarse sin vulnerar sus derechos fundamentales.

La intervención de las Administraciones Públicas como medio de realización de la prestación jurisdiccional con pleno respeto al principio de proporcionalidad se realiza en estos casos por orden del tribunal y bajo su dirección al amparo del

mandato previsto en el art. 118 CE (reiterado en el art. 17 LOPJ). Es el secretario judicial quien la acuerda por medio de decreto de concreción de medidas ejecutivas (art. 551.3 LEC) y quien ordena su comunicación por medio de oficio dirigido a la Administración competente, señalando los términos en que la misma debe realizarse. No obstante, aunque en el marco del ejercicio de la jurisdicción, la Administración interviene en ejercicio de su propia potestad. Esta medida ejecutiva es, por tanto, una fórmula de cooperación entre poderes en la que están imbricadas ambas potestades, donde una (la administrativa) sirve al ejercicio de la otra (la jurisdiccional). Lo que de ninguna manera puede considerarse admisible es que el tribunal se limite a comunicar a la Administración la existencia de un problema de índole habitacional para luego desentenderse de la actividad desarrollada o de su eficacia para limitar las consecuencias del desalojo que motivaron la intervención. La desvinculación entre la intervención administrativa y la jurisdicción ha sido el argumento directo por el que el TEDH haya considerado vulnerado el derecho al proceso con todas las garantías (por ejemplo, en el caso *Saffi c. Italia*, en que un órgano administrativo —el prefecto—, ajeno al poder del tribunal, y de quien dependía la prestación de asistencia policial al desalojo, podía determinar el cumplimiento o no de la ejecución).

***Séptima.*— En su modalidad común u ordinaria el procedimiento de lanzamiento regulado la LEC se desarrolla en dos etapas. Una primera, durante el plazo de uno o dos meses otorgado al demandado (plazo de garantía), en que se favorece su cooperación en el desalojo y una segunda (la diligencia de lanzamiento) en que se prescinde de dicha cooperación. La primera fase no supone una paralización de la actividad ejecutiva, pues, sin bien la adopción por el tribunal de medidas ejecutivas no puede privar al demandado de la posibilidad de colaborar o decidir sobre el modo y tiempo de su propio desalojo, el tribunal puede acodar las medidas que favorezcan dicha cooperación y hagan de ella una posibilidad real para quienes carecen de recursos o se hallan en alguna específica situación vulnerabilidad: en particular, las medidas de ejecución consistentes en la intervención ejecutiva de Administraciones Públicas competentes ante tales situaciones de**

**necesidad. Esta primera fase permite, adicionalmente, cumplir algunas de las exigencias vinculadas a la prohibición de desalojos forzosos: el aviso del desalojo con antelación suficiente y la posibilidad de que el demandado pueda dar a conocer al tribunal su situación y posibilidades.**

La fase procesal del lanzamiento ordinaria o común (es decir, la aplicable con carácter general para el desalojo judicial de un inmueble salvo el caso de ejecución derivada de sentencias de desahucio o resoluciones asimiladas) se puede dividir, siguiendo su parca regulación legal, en dos etapas o sub-fases: una primera, delimitada por un plazo en garantía de los derechos fundamentales del demandante (plazo de garantía, gracia o humanidad) y una segunda, que se construye en torno a la diligencia de lanzamiento, tomando como *dies a quo* para la misma la fecha señalada por el tribunal, pero cuyo *dies ad quem* no queda señalado, debiendo prolongarse hasta la efectiva satisfacción del demandante (art. 570 LEC).

En la primera etapa, el legislador pretende que el demandante desaloje el inmueble por sus propios medios durante el plazo otorgado, atendiendo la orden recibida del tribunal en este sentido (art. 699 y 703.1 LEC); con ello el legislador ha realizando un juicio de proporcionalidad (proporcionalidad en la ley) al considerar que el retraso en un mes en la satisfacción del demandante (e incluso de dos meses, en caso de prórroga del primero) supone una restricción necesaria e idónea para salvaguardar los derechos fundamentales vinculados a la vivienda del demandante que, al propio tiempo, no implica una gravedad desproporcionada vista la garantía que supone para los derechos relativos a la vivienda del ocupante. Ha entendido el legislador que la mejor garantía para que el desalojo no cause daño a los derechos del demandado (su vida privada y la de su familia) consiste en que él mismo, gestione su propia salida del inmueble; se entiende que la esfera jurídica personal o íntima que se desarrolla en la vivienda queda mejor protegida con una menor intervención del poder público. Este plazo supone, además, el cumplimiento de una de las exigencias derivadas de la prohibición de desalojos forzosos: el aviso de la intención de desalojo forzoso.

No obstante, si bien durante el plazo de garantía no cabe suprimir esta



posibilidad otorgada al demandado nada impide que el tribunal pueda adoptar otras medidas de ejecución que considere procedentes desde el punto de vista de los derechos fundamentales (principio de conexión de la ejecución con el derecho material) y del principio de proporcionalidad. Algunas de tales intervenciones están previstas en la propia ley: las medidas cautelares previstas en el art. 700 para impedir que la espera que supone el plazo de garantía perjudique las expectativas de desalojo en la segunda; pero otras debe adoptarlas el tribunal cuando estime que son medidas procedentes (tal como exige el art. 703.1 LEC) para dar efectividad a la condena con todas las garantías del proceso, incluida la garantía de derechos fundamentales del ejecutado. En este sentido, la libertad otorgada al demandado dentro del plazo resulta inútil a la vez que contraproducente para el demandante y por tanto supone una medida no idónea ni necesaria (conforme a criterios de proporcionalidad), cuando las circunstancias personales, familiares o sociales del ocupante (falta de recursos económicos, de apoyo familiar o social, determinada situación familiar o personal) hagan imposible un nuevo acomodo o hagan especialmente penoso el traslado o desplazamiento. Para que el plazo pueda alcanzar su función y ser proporcionado con la restricción que sufre el demandante, el tribunal puede ordenar la realización de medidas de ejecución consistentes en la cooperación o asistencia al ejecutado de las Administraciones Públicas competentes para ello. Estas medidas están en línea con las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos que sostienen la necesidad de evitar que el desalojo pueda dejar personas sin hogar procurando que el demandado sepa donde ir con su familia una vez desalojado (a casa de otros familiares, de una organización privada, de una entidad pública...), así como evitar que el desalojo cause perjuicios desproporcionados en personas desvalidas (con ocasión del propio desalojo o traslado para menores, ancianos...).

El tribunal podrá conocer la situación de los ocupantes por la información por ellos mismos proporcionada (siendo de gran relevancia a este respecto la posibilidad de asistencia jurídica al demandado), pero tratándose de derechos indeclinables y habida cuenta su deber de respeto y protección de tales derechos, el propio tribunal podrá adoptar durante el plazo de garantía, como procedentes

conforme al art. 703.1 LEC, las medidas de ejecución de naturaleza instructoria o indagatoria que sean necesarias: el desplazamiento de la comisión judicial, acompañada de las Administraciones Públicas especializadas en atender situaciones de necesidad, que permita al tribunal determinar la realidad de la situación y el alcance de las medidas procedentes que debe ordenar (el tipo de intervención administrativa necesaria y su duración, por ejemplo). Con estas medidas indagatorias se puede dar cumplimiento a otra de las exigencias derivadas de la prohibición de desalojos forzosos: la exigencia de contactos o negociaciones previas con los ocupantes del inmueble, entendida como la necesidad de que el tribunal tenga oportunidad de conocer la realidad concreta sobre la que debe incidir su actuación.

***Octava.*— Durante la segunda etapa del lanzamiento el demandado pierde la autonomía que el ordenamiento procesal le otorgaba para gestionar su propio desalojo, lo que no significa que sus derechos fundamentales claudiquen y puedan quedar desprotegidos. Durante la diligencia de lanzamiento, el tribunal sigue sujeto a la obligación de no dejar personas sin hogar y de procurar una protección especial a personas vulnerables contra los efectos adversos que pueda tener el desalojo. Para lograr la entrega posesoria al demandante en el marco señalado, el tribunal puede acudir a las medidas que considere pertinentes. La intervención de las Administraciones Públicas a instancia y bajo la dirección y control del tribunal (comisión judicial) será con frecuencia la medida de ejecución pertinente (art. 703.1 LEC) respecto de la cual el tribunal valorará su necesidad, adecuación y equilibrio (proporcionalidad); esta última exigencia de la proporcionalidad dependerá de la capacidad de las Administraciones Públicas para atender las necesidades sociales que genera el lanzamiento sin restringir de modo excesivo el derecho a la tutela en un plazo razonable que asiste al demandante. La eficacia de la actuación administrativa durante la diligencia de lanzamiento depende de que hubiera recibido la orden de preparar dicha intervención durante la etapa previa que se configura como etapa de preparación de la diligencia de lanzamiento.**

Terminado el plazo de garantía, procede una intervención del tribunal que, prescindiendo definitivamente de la cooperación del demandado, concrete su salida del inmueble. La ley establece como momento apropiado para esta actividad judicial el denominado «acto de lanzamiento», secuencia de actos o diligencia a comenzar el día y hora que el tribunal señale. Corresponde al tribunal acordar para la diligencia de lanzamiento los medios de ejecución que corresponden al amparo del art. 703.1 LEC. De ser la causa de permanencia del ocupante en el inmueble la mera voluntad contraria al cumplimiento, tales medios pueden consistir en la asistencia policial a la comisión para imponer violentamente tal salida (modelo arquetípico de lanzamiento identifica esta diligencia con la coerción ejercida por el tribunal con asistencia policial, el lanzamiento *manu militari*). En cambio, siendo imposible para el demandado prestar la cooperación que se le requirió durante la fase precedente sin un sacrificio inadmisibles de sus derechos fundamentales (no habiéndose ordenado intervención administrativa previa o haber resultado ésta insuficiente para facilitar el desalojo) el mero transcurso del plazo de garantía no habrá hecho desaparecer las exigencias de respeto a los derechos fundamentales del demandado (sobre todo en su núcleo esencial) y al principio de proporcionalidad, ni levantado una supuesta veda al lanzamiento «sin consideración de ningún género» ya desterrado de nuestro ordenamiento. El tribunal deberá acordar, para este momento del proceso, aquella la intervención de las Administraciones Públicas que permita desalojar el inmueble sin restringir o restringir desproporcionadamente los derechos fundamentales de los ocupantes (y, en particular, sin destruir el contenido esencial de los derechos que gozan de este núcleo de protección adicional). Se trata de una asistencia forzosa que el demandado deberá sufrir incluso contra su voluntad: la resistencia injustificada del demandado a las medidas que las Administraciones adoptan (ubicación en un albergue en condiciones dignas y por un plazo razonable, por ejemplo) puede devolver la proporcionalidad a una actividad de desalojo *manu militari* que no lo fuera inicialmente.

La intervención administrativa durante la diligencia de lanzamiento difícilmente será posible o efectiva si previamente dicha Administración no ha sido advertida

de la función que debe desempeñar en la diligencia y de los medios que requiere el desalojo. De ahí que la etapa previa, desarrollada durante el plazo de garantía, se configura como fase de preparación de la diligencia.

***Novena.*— La imposibilidad de satisfacer durante la diligencia de lanzamiento el equilibrio pretendido entre tutela efectiva del demandante (sobre todo por lo que respecta a su derecho a un proceso sin dilaciones) y las garantías debidas a los derechos relativos a la vivienda del ocupante, debe conducir a la interrupción y suspensión de la diligencia. El demandado no recupera con ello el plazo de garantía, aunque pudieran ser necesarias nuevas medidas preparatorias de una ulterior diligencia.**

Llegado el día señalado para la diligencia de lanzamiento la comisión judicial se puede enfrentar a situaciones que no pueda resolver con respeto a los derechos fundamentales de los ocupantes debiendo adoptar la medida ejecutiva de interrupción de la diligencia. La interrupción se deberá al hecho de desconocer el tribunal las circunstancias reales de la ocupación del inmueble, a no haber adoptado las disposiciones oportunas para atener dichas circunstancias con carácter previo o para ordenar a las Administraciones Públicas que lo hagan, a no haber respondido las Administraciones Públicas a la cooperación que el tribunal reclamó en su momento o a circunstancias sobrevenidas e imprevistas. Condiciones puramente transitorias o la falta de medios fácilmente subsanables (la diligencia se retrasa, llegando las horas nocturnas, la policía, servicios sociales o sanitarios no pueden asistir por tener que atender una emergencia...) permiten la reanudación de la diligencia en fecha inmediata (día hábil siguiente, por ejemplo); tal fecha la puede señalar la propia comisión judicial ante las partes y los terceros que hubieran asistido a la diligencia, sin necesidad de notificación, sin perjuicio de lo más adecuado sea que el decreto que señala la fecha de lanzamiento advierta también de la fecha alternativa para reanudar la diligencia (nueva sesión) en casos interrupción. La concurrencia de circunstancias más permanentes (una enfermedad del ocupante) o la falta de medios para el desalojo que no sea fácilmente subsanable (los necesarios para atender la necesidad de alojamiento alternativo, la presencia en el inmueble de

personas vulnerables, etc.) pueden determinar que tras la interrupción por la comisión el secretario judicial deba suspender la diligencia mediante decreto. La suspensión conllevará la resolución por el secretario de las medidas ejecutivas necesarias para llevar a cabo la diligencia en una nueva fecha: entre ellas la intervención, a instancias del tribunal, de las Administraciones competentes para atender las situaciones de necesidad cuya remoción se considere necesaria para el desalojo.

***Décima.*— La incapacidad del Estado para proporcionar a los tribunales los medios de ejecución requeridos para realizar el lanzamiento con respeto a los derechos fundamentales relativos a la vivienda del ocupante no justifican las dilaciones indebidas desde el punto de vista de los derechos fundamentales: un Estado debe organizar su sistema jurídico —y en particular, su sistema de ejecución forzosa— de tal modo que pueda hacer frente a las exigencias derivadas de los derechos fundamentales a que se ha comprometido a atender ante otros Estados al firmar tratados internacionales de derechos humanos y de los que fundamentan su ordenamiento jurídico interno según su propia Constitución. En este sentido se ha pronunciado el TEDH.**

Las limitaciones que los derechos fundamentales relativos a la vivienda imponen al tribunal según la Constitución y las normas internacionales de derechos humanos que deben servir para su interpretación deben cohererarse con la tutela efectiva que es debida al acreedor y, en particular, con la exigencia de que el proceso no sufra dilaciones desproporcionadas o indebidas. El TEDH ha indicado, en este sentido, que un Estado signatario del CEDH (y podría decirse lo mismo de un Estado social y democrático de Derecho respecto de su Constitución) debe organizar su sistema judicial de ejecución, de modo que pueda satisfacer todos los derechos fundamentales que lo identifican como tal sin sacrificar absolutamente ninguno de ellos. Según el TEDH no puede admitirse, por consiguiente, que el Estado deje de entregar en un plazo razonable el inmueble a quien tiene derecho a él según un título ejecutivo judicial (derecho consagrado en el art. 6 del CEDH) con la justificación de que el estado no dispone de medios para evitar que el demandado vea lesionado a consecuencia

del lanzamiento su derecho a la vida privada y familiar (art. 8 del CEDH). Esto no significa que el tribunal pueda proceder al desalojo de los ocupantes de vivienda cualesquiera que sean las consecuencias de tal desalojo en su derecho a la vida privada y familiar; sino, únicamente, que el retraso derivado de la falta de un sistema de ejecución apropiado podrá ser imputado al Estado como incumplimiento del Convenio. El razonamiento anterior conduce a la paradoja de tener que afirmar que un tribunal infringe el CEDH tanto en aquellos casos en que expulsa *manu militari* al ocupante de un inmueble con lesión de su derecho a la vida privada y familiar (sea por destruir su núcleo esencial, sea por no optimizar la protección posible en función de los medios y recursos existentes) como en aquellos otros en los que, por no acudir a dicha forma de expulsión, dilata el lanzamiento durante un tiempo excesivo, con lesión del derecho a la ejecución de sentencias en un plazo razonable. La paradoja se resuelve al entender que no es el tribunal sino el Estado quien incumple al no regular un sistema jurídico que permita un mínimo equilibrio entre derechos que impida su vulneración lo que se concreta, en la mayor parte de los casos, en la incapacidad del estado para disponer de un sistema de atención social adecuada para situaciones extremas de necesidad.

***Decimoprimer.*— La naturaleza del lanzamiento como fase de un proceso de ejecución (con todas las garantías) exige la posibilidad de que las partes puedan contribuir a formar la convicción del tribunal (*audiatur et altera pars*) en relación con las diferentes cuestiones en las que éste debe resolver. Esta posibilidad se desarrolla, por exigencias del principio de eficacia, mediante la impugnación de las decisiones ya adoptadas por este, de modo que puedan ser revisadas en vista de la posición de las partes. Esta posibilidad responde directamente a una de las exigencias procesales derivadas de la prohibición de desalojos forzosos: la posibilidad de disponer de medios jurídicos de defensa durante el lanzamiento.**

La condición de proceso con todas las garantías que corresponde al proceso de ejecución supone la posibilidad de audiencia bilateral, que tendrá lugar, por exigencias del principio de eficacia, una vez adoptada la decisión judicial. Por

tanto, si ejecutado considera que alguna de las resoluciones con que el tribunal ordena su desalojo conducen necesariamente a una vulneración de sus derechos fundamentales con amparo en la vivienda que ocupa, podrá impugnar tales resoluciones mediante recurso directo de revisión (art. 551.5 LEC) en el plazo de cinco días desde que conoce la infracción (art. 454 bis. 2 LEC) pudiendo solicitar, al tiempo del recurso, la suspensión de la diligencia ordenada que pueda producir perjuicios de difícil reparación y ofreciendo una caución (art. 567 LEC); de la que debe quedar exento el beneficiario de justicia gratuita (art. 6 LAJG). En caso de rechazarse el recurso interpuesto el demandado podría acudir en amparo ante el TC por vulneración de sus derechos fundamentales (art. 54 LOTC) solicitando, nuevamente —y de ser posible— la suspensión (art. 56 LOTC).

Las actuaciones materiales de la comisión judicial durante la diligencia de lanzamiento que, sin amparo en una resolución expresa del secretario judicial, se consideren atentatorias a los derechos fundamentales vinculados a la vivienda del demandado pueden ser impugnadas mediante escrito dirigido al secretario solicitando una resolución expresa que corrija (mediante decreto susceptible de recurso de revisión ante el juez) dicha actuación material y para que adopte, en su caso, las medidas adecuadas oportunas (art. 562.1.3.º LEC); con carácter previo a la interposición de dicho escrito (en el que se podrá pedir la suspensión, en aplicación extensiva del art. 567 LEC, con las condiciones que éste impone) y para evitar daños de imposible o difícil reparación, el perjudicado por la actuación material advirtiendo de su voluntad de interposición del escrito impugnatorio, podrá pedir a la comisión judicial la interrupción de la diligencia en curso (al amparo de una interpretación analógica del art. 567 LEC); no obtenida la interrupción solicitada y expulsado el ocupante, el ulterior escrito impugnatorio podrá pretender del secretario la declaración de nulidad de la diligencia realizada y, de no ser posible la restitución del inmueble (por haber tomado posesión el demandante), la prestación de las medidas administrativas que reparen o minimicen los efectos del lanzamiento indebido sobre los derechos fundamentales de los ocupantes. El ocupante de un inmueble que hubiera sido expulsado del mismo sin adoptar el tribunal al propio tiempo las medidas de

asistencia necesarias para garantizar la proporcionalidad del lanzamiento, podrá reclamar su adopción mediante un escrito dirigido al secretario judicial (interpretación extensiva del art. 563.1.3.º LEC). El demandado también podría recurrir mediante recurso directo de revisión cualquier resolución que pretenda poner fin a la ejecución sin asegurar las medidas asistenciales ordenadas por el tribunal o debidas según las circunstancias no conocidas por el tribunal al ordenar la diligencia (art. 570 LEC in fine).

Agotadas las vías de impugnación expuestas el ocupante desalojado podrá interponer recurso de amparo. La anterior gama de recursos está en línea con la exigencia de medios jurídicos de defensa para los ocupantes de vivienda que se deriva la prohibición de desalojos forzosos en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos

En todo caso, el demandado que haya sufrido lesión indebida en sus derechos con ocasión del lanzamiento (supuestos en que el desalojo deja a los sujetos desalojados sin hogar, sin haberse atendido la petición de medidas de ejecución más procedentes considerando los derechos fundamentales en juego y conforme al principio de proporcionalidad) podrá solicitar, tanto de la Administración de Justicia como de la Administración Pública a la que se haya encomendado la intervención asistencial necesaria para el desalojo, la indemnización correspondiente por los daños sufridos (arts. 139 y sigs. LRJ-PAC y 292 y sigs. LOPJ). El derecho a ser indemnizado es otra de las exigencias derivadas de la prohibición de desalojos forzosos en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos.

El demandante, por su parte, una vez transcurrido el plazo de garantía (incluida su prórroga) puede considerarse víctima de un mal funcionamiento de la Administración de justicia, pues ésta habrá sido incapaz de satisfacer su derecho a la tutela en el plazo que el propio legislador ha establecido objetivamente como plazo razonable de entrega.

***Decimosegunda.*— La naturaleza del lanzamiento como fase de un proceso de ejecución (con todas las garantías) y el principio de audiencia exigen que**



**las partes puedan contar durante la fase de lanzamiento con asistencia jurídica profesional (abogado y procurador) y a que dicha asistencia sea gratuita para quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar. Tal asistencia es otra de las garantías que los órganos encargados de la vigilancia y aplicación de las normas internacionales sobre derechos humanos consideran integradas entre las garantías procesales que requiere un desalojo conforme a los derechos humanos.**

La aparente sencillez de la fase procesal de lanzamiento desaparece si consideramos la compleja tarea de cognición relativa a elementos jurídicos y fácticos que conlleva articular los derechos en presencia. Si se tiene en cuenta la posibilidad de contribución de las partes a la cognición del tribunal (y, por consiguiente, a la formación de su voluntad) a través de las posibilidades impugnatorias que se les otorgan, resulta evidente la necesidad de intervención de abogado y procurador, como resulta avalado por la interpretación de lo dispuesto en el art. 539.1 en relación con los arts. 23 y 31 LEC.

La asistencia letrada es necesaria en todas las etapas de la fase de lanzamiento. En la etapa de preparación y evitación, la intervención de abogado y procurador permite solicitar del tribunal la concesión del plazo de garantía; su prórroga de ser necesaria, acreditando las circunstancias que la justifican; la adopción de medidas de cooperación por parte de aquellas Administraciones que en ejercicio de sus competencias puedan auxiliar al ocupante en el desalojo; las medidas de preparación de la ulterior diligencia a cargo de las Administraciones competentes que considere necesarias en función de la situación que se deba afrontar en cada caso (búsqueda de plazas en hospitales públicos, asilos, alojamientos de emergencia, etc.; asistencia de ambulancia, servicios de atención de menores, etc.). También es tarea de abogado y procurador, oponerse, interponiendo los recursos pertinentes, a las actividades de preparación o a las medidas cautelares que pueda adoptar el tribunal (de oficio o a instancia de la parte contraria) que se consideren irregulares y en perjuicio de la parte representada o asistida. Finalmente, también podrán instar la suspensión de la diligencia de lanzamiento prevista cuando los medios previstos (o la falta de previsión de medios

apropiados) vaya a suponer, necesariamente —atendidas las circunstancias conocidas—, un desalojo forzoso, contrario a los derechos fundamentales de los ocupantes.

Durante el transcurso de la diligencia de lanzamiento será tarea del abogado verificar, *in situ*, que el desalojo se desarrolla dentro del marco autorizado y ordenado en el decreto (o decretos) de concreción de medidas ejecutivas que rige la actuación de la comisión judicial; comprobar que las circunstancias que en tal decreto servían de base a las medidas adoptadas no han variado (empeoramiento repentino del tiempo, agravamiento del estado de salud del ocupante, cancelación de las reservas de plazas hospitalarias o en albergues que las partes o las Administraciones Públicas hubieran gestionado, inasistencia de los servicios sociales o de menores convocados a la diligencia, etc.) de tal modo que la actuación prevista pudiera, en estas nuevas circunstancias, lesionar derechos fundamentales de los ocupantes. Cualquier actuación de la comisión sin amparo expreso en una resolución procesal expresa, sobre todo en cuanto con ello se pueda afectar los derechos fundamentales de los ocupantes, será motivo para solicitar la interrupción de la diligencia. Finalmente, deber ser parte la tarea del abogado comprobar que se hacen constar en la documentación del acto de lanzamiento las diferentes circunstancias advertidas y la respuesta de la comisión de cara a una ulterior actividad impugnatoria (intervención indebida o insuficiente de los sujetos que intervienen en la diligencia, en particular de las Administraciones Públicas convocadas, daños indebidamente causados en dicha intervención, negativa de la comisión a la interrupción de la diligencia...).

Terminada la diligencia, corresponderá a abogado y procurador la instancia del desarrollo de aquellas medidas de atención que el tribunal ordenó como parte de la ejecución y que la Administración a la que fueron encomendadas no hubiera realizado, ocasionando con ello lesión a los derechos fundamentales de los ocupantes desalojados; igualmente, la impugnación (art. 563.1.3.º LEC) de la actuación realizada en contra de los derechos fundamentales que haya producido reclamando las medidas de atención que permitan subsanar tal resultado (art. 563.1.3.º, 570 LEC); sin perjuicio de reclamar (tanto de la Administración de Justicia como de las Administraciones que, habiendo sido requeridas por el

tribunal, no hubieran desarrollado adecuadamente su función), la indemnización que corresponda por el funcionamiento anormal de la Justicia o de los servicios públicos.

***Décimo tercera.*— La modalidad de lanzamiento directo para la ejecución de las sentencias de desahucio (y el decreto dictado tras el trámite monitorio que añade a este juicio la ley 2011) ha supuesto la desaparición del plazo de garantía y de la etapa procesal que éste delimitaba, pero no puede significar, sin embargo, un lanzamiento «sin consideración de ningún género» como señalaban nuestras leyes decimonónicas. El tribunal debe considerar, en todo caso, la repercusión de su actividad en la esfera jurídica del demandado impidiendo que esta suponga vulneración de derechos fundamentales. En este sentido, la diligencia de lanzamiento debe interrumpirse cuando la comisión judicial estime que de seguir adelante se producirá dicha lesión. El secretario judicial adoptará entonces las medidas que procedan, reclamando, en su caso, la intervención de las Administraciones Públicas.**

La ejecución directa es la modalidad de lanzamiento para la ejecución de las sentencias de desahucio (y de los decretos del secretario judicial dictados como resultado del trámite monitorio incorporado a dicho juicio por la ley 37/2011). En esta forma de ejecución, la diligencia de lanzamiento es la primera fase de la ejecución tras la sentencia de desahucio: un lanzamiento que se sigue directamente tras la condena (o equivalente): un «lanzamiento directo» (párrafo segundo del art. 447.1 LEC). En esta forma de ejecución el trámite de lanzamiento se aproxima temporalmente al momento de producción del título en el proceso precedente (señalamiento dentro del mes siguiente al de la fecha de la vista del juicio); desaparece la demanda de ejecución (sustituida por una pretensión ejecutiva anticipada que se acumula a la declarativa en la demanda de desahucio) y la fase de despacho (en gran medida innecesaria por la cercanía temporal entre sentencia y ejecución y por la estabilidad de los elementos procesales —tribunal, partes, objeto material—). Esta forma de ejecución no sólo configura una fase de lanzamiento peculiar (lanzamiento directo) sino una forma de ejecución peculiar (ejecución directa) que, desde el punto de vista

dogmático, no integra un proceso autónomo de ejecución sino una nueva fase de un proceso original de naturaleza mixta (declarativo-ejecutiva).

Sin embargo, la desaparición de trámites no puede suponer una merma de las garantías que para los derechos fundamentales debe suponer siempre la actividad jurisdiccional que es verdaderamente tal. Dichas garantías, deben alcanzarse a través de una cuidadosa selección de las medidas de ejecución previa ponderación realizada a partir de las circunstancias reales de los ocupantes del inmueble. Será el momento de la diligencia de lanzamiento cuando la comisión judicial deberá valorar la posibilidad de desarrollo de la diligencia con los medios de que dispone en ese momento sin vulnerar derechos fundamentales de los ocupantes o el principio de proporcionalidad y, en caso contrario, interrumpir la diligencia para que el secretario judicial pueda acordar aquellas medidas pertinentes (por ejemplo, reclamar la intervención de Administraciones Públicas competentes) señalando una fecha posterior. Puede concluirse que salvo aquellos casos en que la comisión judicial encuentre el inmueble ya abandonado o logre la obediencia inmediata a su orden de abandono, deberá suspender sistemáticamente la diligencia a la espera de que el tribunal reclame la asistencia policial a la diligencia (en caso de resistencia injustificada) o la asistencia de otra naturaleza a las administraciones competentes (en caso de resistencia justificada).

***Decimocuarta*— La actividad de lanzamiento de vivienda, ante la diversidad de situaciones en que pueden encontrarse los ocupantes y la diversidad de intervenciones potencialmente posibles, puede llegar a reclamar la intervención de una variedad de profesionales ajenos al tribunal (aunque deban actuar siempre bajo su potestad). Esta intervención implica exigencias de coordinación tanto en el seno de la Administración de Justicia donde pueden integrarse algunos de dichos profesionales (médicos forenses, por ejemplo) como en relación con otras Administraciones Públicas. La cooperación entre tribunal y Administraciones puede verse facilitada por los mecanismos que se ponen en marcha con la implantación de la nueva oficina judicial: desde un punto de vista orgánico, las unidades administrativas y sus**

**oficinas de apoyo, y, desde una perspectiva funcional, los protocolos de actuación en el procedimiento a cargo de los secretarios coordinadores provinciales.**

La viabilidad de medidas de desalojo admisibles conforme al principio de proporcionalidad requiere que el tribunal pueda poner al servicio de la ejecución los medios y recursos con que cuentan las distintas Administraciones Públicas (sobre todo prestacionales y de carácter social), frecuentemente integrados en programas de intervención ya establecidos y dotados económicamente, tal como ya lo hace (sin mayores problemas) con la Administración Pública dotada del poder de ejercicio de violencia legítima y organizada (la Policía Judicial). Se presenta en este punto una tarea que deberían abordar las oficinas comunes de apoyo —sub-unidades de la unidad administrativa— en la que se integran aquellos funcionarios de cuerpos ajenos a la Administración de Justicia a quienes corresponda «la prestación de servicios, cuya naturaleza no exija la realización de funciones encomendadas como propias por esta ley orgánica a los funcionarios de los Cuerpos de la Administración de Justicia y que se consideren necesarios o convenientes para el buen funcionamiento de las mismas» (párrafo segundo del art. 439.1 LOPJ) y cuyos puestos de trabajo «podrán ser cubiertos con personal de los Cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, de la Administración del Estado y de las comunidades autónomas que reúnan los requisitos y condiciones establecidas en la respectiva relación de puestos de trabajo» (art. 439.3 LOPJ); a estas unidades debería corresponder igualmente la elaboración de los convenios o acuerdos que sean necesarios para facilitar una cooperación interadministrativa eficaz (arts 4 y sigs. de la LRJ-PAC; art. 17 LOPJ). En este sentido, el art. 452.3 LOPJ prevé la creación como órgano adicional de coordinación, de «comisiones mixtas de Secretarios Judiciales y representantes de las Comunidades Autónomas con competencias asumidas en sus respectivos ámbitos territoriales, de las que formarán parte, al menos, los Secretarios Coordinadores Provinciales».

Para homogeneizar en la medida de lo posible la variada y compleja actividad procesal que implica el lanzamiento se cuenta una valiosa herramienta de

armonización que son los protocolos de actuación en el procedimiento elaborados por el secretario coordinador provincial y aprobados por el secretario de gobierno en los cuales «respetando las competencias procesales de los jueces y tribunales» se incluirán, «las normas de actuación necesarias para la estandarización de las tareas procesales» (art. 8, letra c), párrafo 4.º ROCSJ) sin perjuicio de tomar también en cuenta en dichos protocolos o en otros instrumentos las instrucciones que puedan recibir las oficinas judiciales de otras Administraciones Públicas indicando, por ejemplo, los términos en que las Administraciones ofrecerán sus medios y colaboración a los tribunales (arts. 9, letra b; 16. letras g y h y 21.2.II ROCSJ; art. 465.6 LOPJ).



## BIBLIOGRAFÍA

---



- AA. VV. (Alexy, Robert, et alii), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009 (2.<sup>a</sup> ed.; 1.<sup>a</sup> de 2007).
- AA. VV. (Almagro Nosete, José; Cortes Domínguez, Valentín; Gimeno Sendra, Vicente; Moreno Catena, Victor), *Derecho Procesal. Proceso Civil (2)*, (2.<sup>a</sup> edición actualizada), Tirant lo blanch, Valencia, 1987.
- *Derecho Procesal. Proceso Civil (2)*, (6.<sup>a</sup> edición), Tirant lo blanch, Valencia, 1992.
- AA. VV. (Almendros Manzanos, Ángel Manuel, ed.; Badules Martínez, Ana Isabel; Esteban Sanz, Isabel; Romojaro Vázquez, M.<sup>a</sup> del Castillo; Zimmermann Galarza, Miguel Ángel), *Ley de Arrendamientos Urbanos. Trabajos Parlamentarios*, Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1996.
- AA. VV. (Alonso-Cuevillas Sayrol, coord.), *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, dijusa, Barcelona, 2000.
- AA. VV. (Alzaga Villamil, Oscar, dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, 12 tomos, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996-1999.
- AA. VV. (Andenas, Mads; Hess, Burkhard y Obermaier, Paul, eds.), *Enforcement Agency Practice in Europe*, The British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2005.
- AA. VV. (Añón Roig, María José y Añón García, José, coords.), *Lecciones de Derechos Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- AA. VV. (Arrazola, Lorenzo y otros), *Enciclopedia Española de Derecho y Administración (o Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España e Indias)*, Madrid, Imprenta de los Señores Andrés y Díaz, 1848-1870 (tomo III, 1850).
- AA.VV. (Ballarín Hernández, Rafael y Mas Badía, M.<sup>a</sup> Dolores, dirs.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre)*, Tecnos, Madrid, 2006.
- AA. VV., (Barnes Vázquez, Javier, Coord.), *El principio de proporcionalidad*, Cuadernos de Derecho Público, núm. 5 (número monográfico), septiembre-diciembre, 1998.
- AA. VV. (Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 1995 (4.<sup>a</sup> ed. 2005).
- AA. VV. (Cachón Cadenas, Manuel y Picó i Junoy, J., dirs.), *La ejecución civil: problemas actuales*, Atelier, Barcelona, 2009.
- AA. VV. (Carranza Cantera, Francisco Javier, coord.), *Criterios Judiciales de aplicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. 2003-2004*, La Ley, Madrid, 2003.

- AA. VV. (Casadevante Romani, Carlos Fernández, coord), *Derecho internacional de los Derechos Humanos*, Dilex, Madrid, 2007 (3.<sup>a</sup> ed.; 1.<sup>a</sup> de 2000).
- AA. VV. (Caupain, M. y De Leval, J., eds.), *L'efficacité de la justice en Europe*, Larcier, Bruselas, 1999, págs. 275 a 296.
- AA. VV. (Clemente Meoro, Mario Enrique, coord.), *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en Homenaje al Profesor Celestino Cano Tello*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- AA. VV., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001.
- AA. VV., *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI : seminario conmemorativo del 50 aniversario de la Declaración universal de los derechos humanos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999,
- AA. VV. (Cortés Domínguez, Valentín y Moreno Catena, Victor, coords.), *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo IV, La ejecución forzosa*, Tecnos, Madrid, 2001.
- AA. VV., *Comentarios prácticos a la nueva LEC*, Trivium, Madrid, 2000.
- AA.VV., (Cordón Moreno, F., Armenta Deuo, T., Muerza Esparza, J., Tapia Fernández, I., (Coords.), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Vol. II*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 2001.
- AA. VV., *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI. Seminario conmemorativo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- AA. VV., *Cuadernos de Derecho Público*. núm. 5 (1998), monográfico sobre el principio de proporcionalidad.
- AA. VV. (De la Oliva Santos, Andrés; Díez-Picazo Giménez, Ignacio; Vegas Torres, Jaime), *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000.
- AA. VV. (De la Oliva Santos, Andrés; Díez-Picazo Giménez, Ignacio), *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003 (2.<sup>a</sup> ed.).
- AA. VV. (De la Oliva Santos, Andrés, Fernández-Ballesteros López, Miguel Ángel), *Derecho Procesal Civil. Tomo I (Introducción al Derecho procesal. El proceso civil, sus tribunales y sus sujetos)*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995 (4.<sup>a</sup> edición, primera de 1990).
- AA. VV. (De la Oliva Santos, Andrés; Díez-Picazo Giménez, Ignacio, Banaloché Palao, J.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Cívitas, Madrid, 2001.
- AA. VV (Dorrego de Carlos, Alberto, ed.), «Elaboración de la Ley de Enjuiciamiento

- Civil: aspectos parlamentarios», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 49 (primer cuatrimestre 2000), págs. 57 a 129.
- AA. VV. *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès*, Dalloz, Paris, 2005 (3.<sup>a</sup> ed.).
- AA. VV., *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia, Vol. 5 (Liquidación concursal, conclusión y reapertura del concurso, calificación del concurso, supuestos especiales)*, Marcial-Pons, Madrid, 2005,
- AA. VV. (Eide, Asbjørn; Krause Catarina; Rosas, Allan, eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, Martinus Nijhoff Publishers, Holanda, 2001
- AA. VV., *Ejecución de sentencias civiles*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992 (Cuadernos de Derecho Judicial).
- AA. VV., (Enrique Sanjuán y Muñoz, Coord.), *Competencias de los Juzgados de lo Mercantil. Competencias en materia concursal y "competencias añadidas" mercantiles. (Sociedades, competencia, publicidad, transporte, propiedad industrial, propiedad intelectual, etc.)*, Tirant lo blanch, Valencia 2008.
- AA. VV. (Fernández-Ballesteros; Rifa Soler y Valls Gombau, coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Iurgium, Barcelona, 2001.
- AA. VV. (Flors Maties, José; Montero Aroca, Juan; Arenas García), *Separación y divorcio tras la ley 15/2005*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006)
- AA. VV. (Gómez de Liaño González, Fernando, coord.), *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)*, Forum, Oviedo, 2000.
- AA. VV., *Febrero o Librería de Jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los codigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teorica como en la practica, con arreglo en un todo a la legislación vigente*, (2.<sup>a</sup> ed, corregida y aumentada por Joaquín Aguirre y Manuel Montalbán), Tomo Tercero, Imprenta y librería de don Ignacio Boix, Editor, Madrid, 1844
- Tomos sexto y septimo, Madrid, 1845
- AA. VV. (Forrest Martin, Francisco; Schnably, Stephen J.; Wilson, Richard J.; Simon, Jonathan S.; Tushnet, Mark V.), *International Human Rights and Humanitarian Law (Treaties, cases and analysis)*, Cambridge University Press, Nueva York, 2006.
- AA. VV. (Garberí Llobregat, dir.), *Los procesos Civiles. Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil con formularios y jurisprudencia*, tomo 4, Barcelona, Bosch, 2001.
- AA. VV (Gómez Colomer, Juan Luis, coord), *La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.
- AA. VV. (González Pillado, Esther y Carrazoni Fuertes, María José.), *III Jornadas sobre la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. La ejecución*, Ilustre Colegio de

- Procuradores de Vigo, Vigo, 2003.
- AA. VV., (Gutierrez-Alviz Conradi, Faustino, Coord.), *Exposición de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002 (hay edición on-line).
- AA. VV. (Hernández Vergara, Antonio, Coord.), *Enjuiciamiento Civil. Comentarios a las reformas procesales*, Sepin, editorial jurídica, Madrid, 2010.
- AA. VV. (Jacob, Jack coord.), *Trends in the Enforcement of Non-money Judgements and Orders: The First International Colloquium on the Law of Civil Procedure*, Kluwer Law International, La Haya (Holanda), 1988.
- AA. VV. (Kaye, Peter., ed.), *Methods of Execution of Orders and Judgements in Europe*, Chancery Wiley Law Publications, 1996.
- AA. VV. *L'harmonisation des procédures d'exécution dans un espace de justice sans frontière* (Actas del Congreso Internacional de Washington, 26 a 28 de abril de 2006), Editions Juridiques et techniques, Paris, 2007.
- AA. VV. (Lasarte Álvarez, Carlos, coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Tecnos, Madrid, 1996.
- AA. VV., *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su cincuenta aniversario*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999.
- AA. VV., *La Nueva Regulación de la Oficina Judicial*, Centro de Estudios Jurídicos, Aranzadi, Navarra, 2006
- AA. VV. (Lucio Cabrera coord.), «Los procesos europeos desde Finlandia hasta Grecia (1900-1975)», en *LXXV años de evolución jurídica en el mundo. Derecho procesal*, Vol, III, Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico, 1978.
- AA. VV., (Lacruz Berdejo, José Luís; Luna Serrano, Agustín; Delgado Echeverría; Jesús; Mendoza Olivan, Victor), *Elementos de Derecho Civil. Tomo III. Derechos Reales. Vol.1.º. Posesión y propiedad* (3.<sup>a</sup> ed.), J. M.<sup>a</sup> Bosch, Barcelona, 1990.
- AA. VV. (Lorca Navarrete, Antonio María, dir; Guilarte Gutierrez, Vicente, coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (4 vols.), 2.<sup>a</sup> edición (1.<sup>a</sup> de 2000), Lex Nova, Valladolid, 2003.
- AA. VV. (Lhuillier, Julien; Lhuillier-Solenik, Daria; Nucera, Géraldine Carmela y Passalacqua, Jacqueline, *Enforcement of court decisions in Europe*, CEPEJ Studies núm. 8, Consejo de Europa, 2008 (informe elaborado por el Grupo de Investigación sobre ejecución de resoluciones por los tribunales de la Universidad de Nancy y el Instituto Suizo de Derecho Comparado; preparado para ser discutido por el CEPEJ-GT-EVAL en su 8.<sup>a</sup> reunión de diciembre de 2007). Acceso on line en [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/Etudes8Execution\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/Etudes8Execution_en.pdf)
- AA. VV. (Martínez Alcubilla, Marcelo, dir.), *Diccionario de la Administración*

- Española (Compilacion de la Novísima Legislación de España en todos los ramos de la Administración pública)*, Tomo II, sexta edición, Madrid, 1914 (voz «Arrendamiento», págs. 34 y sigs.).
- Tomo IV, quinta edición (primera de 1858), Madrid, 1892, (voz «Juicio de desahucio», págs. 1066 a 1070).
- AA. VV. (Monereo, J. L., dir.), *Comentarios a la Constitución Social y Económica de España*, Comares, Granada, 2002.
- AA. VV. (Montero Aroca, Juan; Ortells Ramos, Manuel; Gómez-Colomer, Luis y Montón Redondo, Alberto), *Derecho Jurisdiccional. Tomo I. (Parte General)*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997.
- AA. VV. (Montero Aroca, Juan; Gómez Colomer, Juan Luis; Montón Redondo, Alberto; Barona Villar, Silvia), *Derecho Jurisdiccional, Tomo II. (Proceso civil)* (9.<sup>a</sup> ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- *Derecho Jurisdiccional. Tomo II. (Proceso Civil)*, 10.<sup>a</sup> ed., Tirant lo blanch, valencia, 2001.
- AA. VV. (Montero Aroca, Juan; Flors Maties, José), *Tratado del proceso de ejecución civil* (2 vols.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- AA. VV. (Montero Aroca, Juan, coord.), *Proceso civil e ideología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- AA. VV. (Moreno Catena, dir.), *La Ejecución Civil, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 2005 (col. Estudios de Derecho Judicial, núm. 53-2004).
- AA. VV. (Normand, Jacques y Isnard, Jacques), *Nouveaux droits dans un nouvel espace européen de justice: Le droit processuel et le droit de l'exécution*, Editions Juridiques et techniques, Paris, 2002.
- AA. VV. (Picò i Junoy, Joan, coord.), *La aplicación judicial de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 2002,
- AA. VV. (Picò i Junoy, Joan, ed.), *Presente y futuro del proceso civil*, J. M.<sup>a</sup> Bosch Barcelona, 1998.
- AA. VV. (Pereda Gámez, Francisco Javier, dir.), *Ejecución de sentencias civiles (II). La vía de apremio*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997 (Cuadernos de Derecho Judicial).
- AA. VV. (Ponce Sole, J., coord.), *Derecho urbanístico, vivienda y cohesión social y territorial*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- AA. VV. (Saavedra Gallo, Pablo, coord.), *Sistemas de Garantías Procesales*, dijusa, Madrid, 2008
- AA. VV. (Squires, John; Langford, Malcolm; Thiele, Bret, eds.), *The Road To A Remedy: Current Issues in the Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*, Australian Human Rights Centre/The University of New South Wales,

- Centre on Housing Rights and Evictions, Sidney/Ginebra, 2005
- AA. VV. (Scott, Leckie, ed.), *National Perspectives on Housing Rights*, Martinus Nijhoff Publishers-Kluwer Law International, La Haya (Holanda), 2003.
- AA. VV. (Squires, John; Langford, Malcolm; Thiele, Bret, eds.), *The Road To A Remedy: Current Issues in the Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*, Australian Human Rights Centre, The University of New South Wales, Centre on Housing Rights and Evictions, 2005.
- AA. VV., (Suarez Robledano, dir.), *La ejecución provisional, la ejecución de títulos extrajudiciales y la ejecución de sentencias de la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003 (Cuadernos de Derecho Judicial XIV-2001).
- AA. VV., *Puntos críticos en ejecución de sentencias*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- AA. VV. (Sánchez Goyanes, Enrique, coord.), *Ley de Arrendamientos Urbanos*, Editorial Paraninfo, Madrid, 1995.
- AA. VV. (Storme, Marcel and Casman, Hélène, editores), *Towards a Justice with a human face (The first International Congress on the Law of Civil Procedure; 27 agosto 1977-4 septiembre 1977)*, Kluwer, Deventer (Holanda), 1978.
- AA. VV. (Suárez Robledano, José Manuel, coord.), *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, Tomo III, dijusa, Madrid, 2003.
- AA. VV. (Tajadura, J., dir.), *Los principios rectores de la política social y económica*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004.
- AA. VV. (Viladrich, Pedro-Juan, dir.), *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1986.
- AA. VV. (Xiol Ríos, Juan Antonio, coord.), *Enjuiciamiento Civil (Comentarios y Jurisprudencia. Ley 1/2000, de 7 de enero)*, tres tomos, Sepin, editorial jurídica, Madrid, 2008.
- ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002 (2.ª ed. de 2004)
- ACHÓN BRUÑÉN, María José, *La oposición en los procesos de ejecución de sentencias civiles*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- «Cuestiones prácticas sobre la ejecución ordinaria o provisional de sentencias de condena no dineraria», *Revista Jurídica La Ley*, núm. 5765 (22 abril 2003); también en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía (Repertorio acumulativo anual de estudios doctrinales)*, núm. 2 (2003), pags. 1691 a 1706.
- «La problemática relativa al desalojo de terceros ocupantes de inmuebles subastados», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 681 (enero-febrero

- de 2004), págs. 11 a 52.
- «Los problemas del cónyuge del ejecutado para defender sus intereses en los procesos de ejecución en que resultan embargados bienes gananciales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm 687 (enero-febrero de 2005), págs. 133 a 180.
- «Mecanismos de defensa en el proceso de ejecución del consorte, ex cónyuge o conviviente more uxorio del ejecutado», *Diario La-Ley*, núm. 6573 (jueves 19 de octubre de 2006); también en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía (Repertorio acumulativo anual de estudios doctrinales)*, núm. 4 (2006), págs. 1817 a 1831.
- «La problemática del embargo y enajenación forzosa de la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 28, 2006.
- «La problemática del concepto de parte en el proceso de ejecución», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 698 (noviembre-diciembre de 2006), págs. 2185 a 2219.
- «La problemática derivada de la ejecución forzosa de las sentencias de desahucio por falta de pago y soluciones prácticas (I)», *Revista de Arrendamientos Urbanos*, SEPIN, núm. 278, marzo de 2007, págs 10 a 22.
- *Análisis práctico del Juicio de Desahucio por falta de pago*, J. M<sup>a</sup> Bosch, Barcelona, 2007.
- «Intervención de Abogado y Procurador en los procesos de ejecución: supuestos conflictivos», *Diario La Ley*, núm. 7274, (2 de nov. de 2009), sección “Doctrina”.
- «Estudio crítico de la reciente reforma del juicio de desahucio por la Ley 19/2009», *El Consultor Inmobiliario*, núm. 111, abril de 2010, sección “Doctrina”.
- «Problemas prácticos derivados de la reforma del juicio de desahucio por falta de pago por la Ley de medidas de agilización procesal», *Diario La Ley*, núm. 7738, 17 Nov. 2011, sección “Tribuna”.
- ADAN DOMÉNECH, «Reflexiones sobre la última reforma del juicio verbal arrendaticio», *Diario La Ley*, núm. 7289, Sección Tribuna, 23 Nov. 2009.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002 (tercera reimpresión de la primera edición en castellano de 1997), traducción de la obra original de 1986 por Ernesto Garzón Valdés.
- *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de

- España, Madrid, 2004, traducción de la obra original de 2002 por Carlos Bernal Pulido.
- ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000 (reimpresión de la tercera edición de 1991, 2.ª edición de 1970; 1.ª ed. de 1947).
- «Comemoración de la ley de enjuiciamiento civil de 1855 y del tratado de Caravantes al cumplirse su primer centenario», *Revista de Derecho Procesal Argentina*, núm. 2 (1952), páginas 342 y sigs.
- ALMAGRO NOSETE, José, *Constitución y Proceso*, Barcelona, 1984.
- «Juicio de desahucio de la LEC. Especialidades procesales en materia de arrendamientos urbanos (LAU) y rústicos (LAR)», en AA. VV., *Derecho Procesal, Tomo I (vol. II) Proceso Civil (2)*, 2.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1987, págs.347 a 375.
- «Juicio de desahucio de la LEC. Especialidades procesales en materia de arrendamientos urbanos (LAU) y rústicos (LAR)», en AA. VV., *Derecho Procesal, Tomo I (vol. II) Proceso Civil (2)*, 6.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1992, págs. 324 a 345.
- *Derecho Procesal. Parte General. Proceso Civil*, Tomo I, Volumen Primero, Trivium, Madrid, 1995
- *Derecho Procesal. Parte General. Proceso Civil*, Tomo I, Volumen segundo, Trivium, Madrid, 1996.
- ALFINT MASSOT, José María, «Registro de la propiedad y vía de apremio», en Pereda Gámez, Francisco Javier (dir.), *Ejecución de sentencias civiles (II). La vía de apremio*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, págs. 287 a 346.
- ALONSO PÉREZ , Mariano, «Comentario al art. 14» en AA. VV. (Lasarte Álvarez, Carlos, coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 374 a 423.
- «Comentario al art. 29 LAU», en AA. VV. (Lasarte Álvarez, Carlos, coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 796 a 810.
- ALONSO SÁNCHEZ, Beatriz, *Las adjudicaciones procesales de bienes en los procedimientos de ejecución*, EDERSA, Madrid, 1999.
- ALVARADO Y DE LA PEÑA, Santiago de, *Compendio teórico práctico de la Librería de Escribanos de don José Febrero, con respecto a contratos públicos (obra redactada de todas las ediciones del mismo Febrero y otras varias)*, Tomo II, s.l, 1834.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, Lex



- Nova, Valladolid, 2005.
- ALVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, «La cancelación de cargas por mandamiento judicial en la ejecución de bienes inmuebles», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 672, 2002, págs. 1485 a 1510.
- *Derecho inmobiliario registral*, Comares, Granada, 2006 (2.<sup>a</sup> edición).
- ÁLVAREZ MOLINERO, Natalia, «La evolución de los derechos humanos a partir de 1948: hitos más relevantes», en AA. VV., *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su cincuenta aniversario*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, págs. 93 a 178.
- ALVAREZ MERINO, J. y SOBRINO FERNÁNDEZ, J.M., «Cuestiones procesales en torno a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», *Revista General de Derecho*, núm. 619, abril de 1996, págs. 3385 y sigs.
- ÁLVAREZ OLALLA, Pilar, *La constitucionalidad de la privación del uso del piso o local al propietario, ante la realización de actividades prohibidas en Estatutos, dañosas para la finca, molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas*, Derecho Privado y Constitución, núm. 13/1999, págs. 9 a 36 (Enero-Diciembre 1999).
- ALVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., «La sumariedad del juicio de desahucio por falta de pago», *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1-3, 2004, págs. 21 y sigs.
- ÁLVAREZ VALENTÍN, G., «Aspectos constitucionales de la comparecencia del arrendatario en el procedimiento judicial sumario», en AA. VV. (Aragón Reyes, M. y Martínez-Simancas Sánchez, J., editores), *La Constitución y la práctica del Derecho*, t. II, Pamplona, 1998, págs. 1247 a 1268.
- ANDENAS, MADS, «National Paradigms of Civil Enforcement: Mutual Recognition or Harmonization in Europe?», en AA. VV. (Andenas, Mads; Hess, Burkhard y Obermaier, Paul, eds.), *Enforcement Agency Practice in Europe*, The British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2005. págs 7 a 24.
- (con NAZZINI, Renato) «Enforcement Practices in the EU Member States», *ibidem*. págs 53 a 101.
- ANDERSSON, Torbjörn y FRIDÉN, Hugo, «Sweden» (National Report) , en AA.VV. (Andenas, Mads; Hess, Burkhard y Obermaier, Paul, eds.), *Enforcement Agency Practice in Europe*, The British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2005, págs. 229 a 244; de los mismos autores «Sweden» (National Case Studies), *Ibidem*, págs. 385 a 390.
- ANDINO AXPE, Luis Fernando, «El Secretario Judicial: Poder Judicial y potestad-función jurisdiccional», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, núm. 6, 2001, págs. 123 a 166.
- ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto, «El juez nacional como garante de los derechos humanos»,

- en AA. VV., *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI. Seminario conmemorativo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, págs. 289 a 316.
- ARANGÜENA FANEGO, Coral, «De la ejecución no dineraria; Disposiciones Generales: artículos 699 y 700», en AA. VV., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2.ª ed, 2003, págs. 3590 a 3618.
- «De la ejecución por deberes de entregar cosas: artículos 701 a 704», en AA. VV., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2003 (2.ª ed.), págs. 3619 a 3660.
- «De la liquidación de daños y perjuicios, frutos y rentas y la rendición de cuentas: artículos», en AA. VV. (Lorca Navarrete, Antonio María, dir; Guilarte Gutierrez, Vicente, coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2003 (2.ª ed.), págs. 3748 a 3810.
- ARANGIO RUIZ, Vicente, *Historia del Derecho Romano*, Instituto Editorial Reus SA, Madrid, 1980 (4ª ed). Traducción de la 2ª edición Italiana por Francisco de Pelsmaecker e Ivañez.
- ARAGONESES ALONSO, Pedro, *Proceso y Derecho Procesal. Introducción*, EDERSA, Madrid, 1997.
- ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, *Las «astreintes»*, EDERSA, Madrid, 1985.
- ARIZA COLMENAREJO, M.ª Jesús, «El procurador en el ámbito de los “juicios rápidos civiles”», *Diario La Ley*, núm. 6316, de 12 de septiembre de 2005, versión digital.
- ARRAZOLA, Lorenzo (y otros: Sainz de Andino, Pedro; Valor, Vicente; Romero Giner, José; Gómez de la Serna, Pedro; Casaus, José Joaquín; Aguirre, Joaquín; Puche y Bautista, Miguel; Collado, Mariano Antonio; Navarro Zamorano, Ruperto; Álvarez, Fernando; de Mesa, José, Álvarez Martínez, Cirilo), voz «Arrendamiento», en *Enciclopedia Española de Derecho y Administración (o Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España e Indias)*, Madrid, Imprenta de los Señores Andrés y Díaz, tomo III, 1850.
- ARROYO GARCÍA, Sagrario, «Comentario a los arts. 517 a 720» en AA. VV. (Suarez Robledano, coord.), *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, Tomo III, DIJUSA, Madrid, 2003, págs. 1.651 a 2.289.
- ASENCIO MELLADO, J. M., «Algunas reflexiones sobre la nueva oficina judicial y los secretarios judiciales», *Revista El Notario del siglo XXI*, núm. 28, diciembre de 2009 (en Internet: <http://www.elnotario.es>).
- ATIENZA NAVARRO, M.ª Luisa, «Comentario al artículo 10», en AA. VV., (Ballarín

- Hernández, Rafael y Mas Badía, M.<sup>a</sup> Dolores (directores), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre)*, Tecnos, Madrid, 2006, págs. 249 a 258.
- AUGUSTO GONZÁLEZ, Alonso, *La estrategia del cambio en la Administración de Justicia: La nueva oficina judicial*, Repertorio de Jurisprudencia, Parte Comentario núm. 3/2006 (2006). Bib 2006\467.
- BACHMAIER, Lorena, *La asistencia jurídica gratuita*, Comares, Granada, 1999.
- BADENES GASSET, Rafael, *El contrato de compraventa*, Tomo I, J. M.<sup>a</sup>, Bosch Editor S.A., Barcelona, 1995.
- BALLARÍN HERNÁNDEZ, Rafael, «Capítulo VII: enajenación y subarriendo (comentario al art. 22.1)» en AA.VV. (Ballarín Hernández, Rafael y Mas Badía, M.<sup>a</sup> Dolores, directores), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre)*, Tecnos, Madrid, 2006, págs. 411 a 450.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos, «Regional Report from South America», en AA. VV. (Sir Jack Jacob Q. C., coord.), *Trends in the Enforcement of Non-money Judgements and Orders. The First International Colloquium on the Law of Civil Procedure*, Kluwer Law International, La Haya (Holanda), 1988, págs. 83 a 111.
- BARDO FASSBENDER, «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en AA. VV. (Barnés Vázquez, Javier, coord.), *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5 (monográfico sobre el principio de proporcionalidad), septiembre-diciembre, 1998, págs. 51 a 73.
- BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, «Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario», *Revista de Administración Pública*, núm. 135, septiembre-diciembre, 1994, págs. 495 y sigs.
- «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», en AA. VV. (Barnés Vázquez, Javier, coord.), *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5 (monográfico sobre el principio de proporcionalidad), septiembre-diciembre, 1998, págs. 15 a 49.
- BARRIO CALLE, María Asunción, «El Secretario Judicial y la función jurisdiccional en la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales, ejemplar dedicado a: Ley de Enjuiciamiento Civil (I)*, núm. 5 (2000), págs. 71 a 109.
- «Ejecución forzosa definitiva en la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000: ejecución dineraria», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales, Ejemplar dedicado a la Ley de Enjuiciamiento Civil (II)*, núm. 6 (2000), págs. 71 a 109.

- BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, «Teoría General del proceso», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, 1967.
- *Teoría del Proceso*, Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2002 (2.<sup>a</sup> ed. actualizada, 1.<sup>a</sup> en De Palma, Buenos Aires, 1979)
- «Muerte y resurrección del conflicto», *Revista de Derecho Procesal*, núm.1 (2000), págs. 7 a 21.
- BASSOLS COMA, Martín, *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1988.
- «Derecho a la Vivienda: artículo 47», en AA. VV. (Alzaga Villamil, Oscar, dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo IV (artículos 39 a 55), Cortes Generales-EDERSA, Madrid, 1996, págs. 305 a 339.
- «Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución Española de 1978», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 85 (1983), págs. 13 a 42.
- BASTIDA, Francisco J., «¿Son los derechos sociales derechos fundamentales?. Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos», en AA. VV. (Alexy, Robert, et alii), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009 (2.<sup>a</sup> ed.; 1.<sup>a</sup> de 2007), págs. 103 a 149.
- BAUCELLS I LLADOS, Joan, *La ocupación de inmuebles en el Código penal de 1995*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Artículo 29: Enajenación de la finca arrendada», en AA. VV., (Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (4.<sup>a</sup> ed), Aranzadi, Pamplona, 2005, págs. 705 a 711.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales (El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003 (1.<sup>a</sup> ed.; 3.<sup>a</sup> de 2007).
- BERROCAL JAIME, A., «Apuntes sobre la nueva regulación del juicio de desahucio», *La Ley*, núm. 5863, de 3 de octubre de 2003 (edición electrónica en Internet).
- BONET NAVARRO, J., «En torno al tribunal competente y su control en proceso civil de ejecución», en *Revista de Derecho. Universitat de València (Estudi General)*, núm. 1, noviembre 2002.
- *Los juicios por desahucio*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- BONILLA CORREA,
- BORGES ALEJO, Luciano «Macrooficinas Judiciales II», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, núm. 4, 2002, págs. 403 a 443.

- BUDLENDER, Geoff, «The Right to Alternative Accommodation in Forced Evictions», en AA. VV. (Squires, John; Langford, Malcolm; Thiele, Bret, eds.), *The Road to a Remedy: Current Issues in the Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*, Australian Human Rights Centre, The University of New South Wales, Centre on Housing Rights and Evictions, 2005 (disponible en Internet: <http://www.cohre.org>)
- CABALLERO GEA, José Alfredo, *Los interdictos de retener o de recobrar y de obra nueva* (2.<sup>a</sup> ed.), Dykinson, Madrid, 1996.
- *Desahucios por impago de la renta, expiración del plazo contractual. Juicio verbal: LEC de 7-1-2000, 1/2000. Síntesis de la doctrina de las Audiencias y Tribunales. Formularios*, Dykinson, Madrid, 2001.
- CABALLOL ANGELATS, Lluís, *La ejecución provisional en el proceso civil*, J. M.<sup>a</sup> Bosch, Editor, Barcelona, 1997.
- «Comentario al art. 525» en *Ley de Enjuiciamiento*, Forum, Oviedo, 2000.
- CACHÓN CADENAS, Manuel, *El embargo*, Bosch, Barcelona, 1991.
- «Comentario al art. 587», *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 2857 a 2882
- «Suspensión de la actividad ejecutiva como consecuencia de la oposición del ejecutado», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 2001, págs. 237 a 250.
- «Comentario al art. 587 LEC», en AA. VV., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2003 (2.<sup>a</sup> ed), págs. 2857 a 2882.
- «Comentario al art. 593 LEC», *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2003 (2.<sup>a</sup> ed), Tomo II, págs. 2942 a 2953.
- «La ejecución dineraria: disposiciones generales y embargo (apuntes sobre algunos problemas prácticos)», en AA. VV. (Gómez Colomer, Juan-Luís, coord.), *La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, págs. 325 a 362.
- «Notas sobre algunas cuestiones prácticas relativas al embargo», en AA. VV. (González Pillado, Esther y Carrazoni Fuertes, María José.), *III Jornadas sobre la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. La ejecución*, Ilustre Colegio de Procuradores de Vigo, Vigo, 2003.
- CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho procesal civil*, De Palma, Buenos Aires, 1943. Traducción de Santiago Sentís Melendo.
- *Derecho Procesal Civil*, Harla, México, 1997, Traducción y compilación por Enrique Figueroa Alfonso de *Instituzioni di Diritto Processuale Civile*, CEDAM, Padova, 1942 (2.<sup>a</sup> ed.).

- CALVILLO J., «La Ley de Arrendamientos Urbanos de 22 de diciembre de 1955», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, febrero 1956: págs. 145 y sigs.; marzo 1956: págs. 299 y sigs.; abril 1956: págs. 475 y sigs.
- CANCIO FERNÁNDEZ, Raúl César, «Auxilio Judicial y Justicia de Paz: Extensión y Límites del deber de colaboración en materia de ejecución Civil», *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, Parte Boletín núm. 52/2003, págs. 20 (Septiembre 2003). BIB 2003\1016
- CANÇADO TRINDADE, Antônio A., «La interdependencia de todos los derechos humanos. Obstáculos y desafíos en la implementación de los derechos humanos» *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, núm. 158 (*Declaración Universal de Derechos Humanos: cincuenta años después*), edición electrónica en Internet (<http://www.unesco.org/issj/rics158/titlepage158spa.html>) [no existe edición en papel].
- CANTÓ PRIMO, Yolanda, «Comentario al Capítulo X (Normas procesales.— Artículo 33) de la LAR», en AA. VV. (Ballarín Hernández, Rafael y Mas Badía, M.<sup>a</sup> Dolores, dirs.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre)*, Tecnos, Madrid, 2006, págs. 659 a 677.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio A., «La interdependencia de todos los derechos humanos. Obstáculos y desafíos en la implementación de los derechos humanos» *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, núm. 158 (*Declaración Universal de Derechos Humanos: cincuenta años después*), edición electrónica en Internet (<http://www.unesco.org/issj/rics158/titlepage158spa.html>) [no existe edición en papel].
- CARRASCO PERERA, Ángel, «Artículo 15. Separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario», en AA. VV. (Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2005, págs. 353 a 367.
- CARRERAS LLANSANA, Jorge, *El embargo de bienes*, J. M.<sup>a</sup> Bosch, Barcelona, 1957.
- CARRERAS MARAÑA, Juan Miguel, «Comentarios al Libro III, Título III LEC. De la ejecución: Disposiciones generales», en AA. VV. (Xiol Ríos, Juan Antonio, coord.), *Enjuiciamiento Civil. Comentarios y Jurisprudencia. Ley 1/2000, de 7 de enero*, Tomo III, Sepin, editorial jurídica, Madrid, 2008, págs. 3591 a 3761.
- «De la ejecución: Disposiciones Generales», en AA. VV. (Hernández Vergara, Antonio, Coord.), *Enjuiciamiento Civil. Comentarios a las reformas procesales*, Sepin, editorial jurídica, Madrid, 2010, págs. 883 a 991.
- CARBALLO PIÑEIRO, Laura, «La ejecución no dineraria con especial referencia a las condenas de dar», en AA. VV. (Picó i Junoy, dir.), *Presente y futuro del*

- proceso civil*, J. M.<sup>a</sup> Bosch Editor, Barcelona, 1998.
- *Ejecución de condenas de dar*, J. M.<sup>a</sup> Bosch editor, Barcelona, 2001.
- «Aspectos históricos de la ejecución de condenas no dinerarias (1.<sup>a</sup> parte): Los periodos romanos», *Dereito*, núm. 2 (2002), Vol 11, págs. 111 a 136.
- «Aspectos históricos de la ejecución de condenas no dinerarias (2.<sup>a</sup> parte): del periodo visigodo a nuestros días», *Dereito*, núm. 1 (2003), Vol 12, págs. 7 a 36.
- CARNELUTTI, Francesco, *Derecho procesal civil y penal*, Harla, Mexico, 1997, Biblioteca Clásicos del Derecho Procesal, Volumen 2, (traducción y compilación Enrique Figueroa Alfonso). Es una nueva edición y traducción de las obras *Diritto e processo* (Nápoles, Morano, 1958) y *Diritto processuale penale* (Nápoles, Morano, 1960); Publicados también conjuntamente, como *Principios del proceso penal/Derecho y Proceso* (2 vols), Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.
- CARPI, F., «Vittorio Denti e la riforme processuali dello Stato sociale», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2002, núm. 3, págs. 727 a 738.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, «El proceso de internacionalización de los derechos humanos. El fin del mito de la soberanía nacional (II): Plano regional: El sistema de protección instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», en AA. VV., *Consolidación de derechos y garantías : los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI : seminario conmemorativo del 50 aniversario de la Declaración universal de los derechos humanos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, págs. 47 a 76.
- CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos Fernández, y JIMÉNEZ GARCÍA, F., *El Derecho internacional de los derechos humanos en la Constitución española: 25 años de jurisprudencia constitucional*, Madrid, Thomson Civitas, 2006.
- «Las normas internacionales de Derechos Humanos en el orden interno español», en AA. VV. (el mismo autor citado como coordinador), *Derecho internacional de los Derechos Humanos*, Dilex, Madrid, 2007, págs. 515 a 539.
- CASARES, Julio, *Diccionario Ideológico de la Lengua Española*, Ed. Gustavo Gili, Barcelona, 1989 (2.<sup>a</sup> ed.; 1.<sup>a</sup> de 1959).
- CASCAJO CASTRO, José Luis, «Recientes anotaciones conceptuales sobre los derechos sociales», *Actualidad de la justicia social. Liber amicorum en homenaje a Antonio Marzal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2008, págs. 161 a 178
- CASERO LINARES, «Comentario a los arts. 589 a 591», en AA. VV. (Garberí Llobregat, dir.), *Los procesos Civiles. Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil con formularios y jurisprudencia*, tomo 4, Barcelona, Bosch, 2001.
- CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, Común y Foral*, tomo IV, reimpresión de

- la 9.<sup>a</sup> ed. (con Calvillo), Madrid, 1969.
- CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, «El procurador en la ejecución», *Actualidad Civil*, 2003, núm. 8, semana del 17 al 23 feb., sección “Doctrina”, pág. 181.
- CATALÁ COMAS, Chantal, *Ejecución de condenas de hacer y no hacer*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1998.
- CERRILLO QUILEZ, Francisco, «El juicio de desahucio de fincas rústicas», *Pretor (Revista Técnica de Justicia Municipal)*, núm. 25 (1954), págs. (acumuladas del año) 569 a 578
- «El abuso de derecho en la legislación arrendaticia urbana», *Pretor (Revista Técnica de Justicia Municipal)*, núm. 37 (1953), págs. (acumuladas del año) 675.
- «Arrendamientos rústicos protegidos y acceso a la propiedad», *Pretor (Revista Técnica de Justicia Municipal)*, núm. 33, 34 y 35-36 (1955), págs. (acumuladas del año) 335 a 342; 436 a 441 y 551 a 559, respectivamente.
- *Manual de Jurisprudencia sobre Arrendamientos Rústicos y aparcerías*, Barcelona, 1954.
- «Ejecución de sentencias de desahucio», *Pretor (Revista Técnica de Justicia Municipal)*, núm 27 (noviembre, 1954), págs. 699 a 712.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Curso de Derecho Procesal Civil*, Harla, Mexico, 1997, Biblioteca Clásicos del Derecho Procesal, Volumen 4, traducción y compilación por Enrique Figueroa Alfonzo. Es nueva edición y traducción de la obra *Istituzioni di Diritto Processuale Civile* (2.<sup>a</sup> ed., Nápoles, 1936); Existe traducción de Gómez Orbaneja, Emilio: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, tres volúmenes, Madrid, 1936-1940 (1.<sup>a</sup> ed.).
- «Romanismo y Germanismo en el proceso civil», en *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, trad. Santiago Sentís Melendo
- CHURCHILL, R. y KHALIQ, U., «The Collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights?», *European Journal of International Law*, Vol. 15, núm. 3 (2004), págs. 417 a 456.
- CIPRIANI, F., «Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2002, núm. 4, págs. 1243 a 1261.
- COBO PLANA, Juan José, *Doctrina de los Tribunales sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, 2.<sup>a</sup> edición, dijusa Editorial, S.L. Madrid 2003.
- COLINA GAREA, R., *La función social de la propiedad en la Constitución Española de 1978*, J.M. Bosch, Barcelona, 1997.
- COLOM PIAZUELO, Eloy «Los bienes públicos y su estatuto jurídico: Reflexiones en



- torno a la inconstitucionalidad del principio de inembargabilidad de los bienes públicos declarada por la STC 166/1998, de 15 julio (RTC 1998, 166)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, vol. IV, parte Estudio. Edición on-line Aranzadi West-Law, BIB 1998\1204.
- COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *El derecho a la justicia gratuita*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- CONTIJOCH PRATDESABA, Ramón, «El juicio de desahucio y demás procesos arrendaticios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero)», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1 (2001), págs. 9 a 66.
- «Lei dei dret a l'habitatge i el seu vessant arrendatari», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4 (2008), págs. 1061 a 1100.
- CORDÓN MORENO, Faustino, *El proceso de Amparo Constitucional*, La Ley, Madrid, 1992.
- *El proceso de ejecución*, Aranzadi, Pamplona, 2002.
- COROMINAS, Joan y Pascual José A., *Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico*, 6 vols., Madrid, 1980-1991, Editorial Gredos; Vol III (G-MA), 1989: 2.<sup>a</sup> reimpresión del original de 1980
- CORREA DELCASSO, Juan Pablo, «Sugerencias para una futura reforma de los artículos 812 a 818 LEC, reguladores del proceso monitorio», *La Ley*, núm. 5581, 5 de julio de 2002.
- «Efficiency in the Methods of Enforcement of Judgments: Public vs. Private Systems», en AA. VV. (Andenas, Mads; Hess, Burkhard y Obermaier, Paul, eds.), *Enforcement Agency Practice in Europe*, The British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2005, págs. 47 a 51.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y MORENO CATENA, Victor, *Derecho Procesal Civil. Parte Especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Editorial B de f, Colección Maestros del Derecho Procesal, Montevideo, 4.<sup>a</sup> edición, 2002 (1.<sup>a</sup> ed., Aniceto López, editor, 1942).
- CUERVO, R. J., *Diccionario de construcción y régimen de la lengua castellana*, Instituto Caro y Cuervo, Santa Fe de Bogotá, Tomo VI «L-N», 1993.
- CUBILLO LÓPEZ, Ignacio, «Los actos de comunicación: estudio de la nueva regulación de la notificación a Procurador», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, 2000, núm. 5, págs. 293 a 324.
- COURTIS, Christian, «Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights. Comparative Experiences of Justiciability», *Human Rights and Rule of Law Series* núm. 2, Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, 2008.
- DÁNVIOLA Y COLLADO, Manuel, *El contrato de arrendamiento y el juicio de desahucio*,

- Librería de Antonio Durán, Madrid, 1867.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás, «La Constitución Económica de España», en AA. VV. (Alzaga Villamil, Oscar, dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo X (artículos 128 a 142), Cortes Generales-EDERSA, Madrid, 1998, págs. 16 a 44.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, «Conceptos fundamentales de la ejecución forzosa civil», *Revista Jurídica La Ley*, t. 4, 1981.
- *Derecho procesal civil. Tomo I. Introducción al Derecho procesal. El proceso civil, sus tribunales y sus sujetos* (con Fernández-Ballesteros López, Miguel Ángel), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995 (4.ª edición, primera de 1990).
- *Sobre la Cosa Juzgada*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.
- *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales* (con Díez-Picazo Giménez, Ignacio y Vegas Torres, Jaime), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000.
- «Comentario a los arts. 465, 700, 703 y 704», en AA. VV., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001.
- «Verificación de los criterios esenciales de la Ley 1/2000, en sus primeros meses de vigencia», en AA.VV. (Gómez Colomer, Juan Luis, coord), *La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, págs 21 a 44.
- *Derecho procesal civil. El proceso de declaración.*, (con Díez-Picazo Giménez, Ignacio), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003 (2.ª ed.).
- DE LA PLAZA, Manuel, «Principios fundamentales del proceso de ejecución (I)», *Revista de Derecho Privado*, núm 333 (1944), Tomo XXVIII, págs. 889 a 908.
- «Principios fundamentales del proceso de ejecución (II)», *Revista de Derecho Privado*, núm 335 (1945), Tomo XXIX, págs. 73 a 87.
- *Derecho Procesal Civil Español*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1942.
- DE MIGUEL Y ALONSO, Carlos, voz «juicio de desahucio», en NEJS, Tomo XIV.
- Problemática de la ejecución forzosa en lo civil, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 4, 1965, págs. 33 a 63.
- DE TORRES AGUILAR, Juan, «Cuestiones prácticas sobre el lanzamiento», *Boletín de Justicia Municipal*, núm. 204 (año VI- 1950), págs. 1332 a 1334.
- DE VILLENA CORTÉS, Francisco de Borja, «Los procesos arrendaticios e interdictales: algunos problemas prácticos», en AA. VV. *La aplicación judicial de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (Picó i Junoy, Joan, dir.), J. M.ª Bosch Editor, Barcelona, 2002, págs. 125 a 153.
- DE ERCILLA, Julio, voz «ejecución de sentencia. Derecho procesal civil», EJS, vol XII.

- DE LOS MOZOS, «Crisis del principio de abstracción y presupuestos romanistas de la adquisición del dominio», en *El Derecho español, Anuario de Derecho Civil*, 1972.
- DI CARLO, Giorgio, *Aspetti Processuali nel Rapporto di Locazione*, Guiffrè, Milán, 2007.
- DI MAJO, Adolfo, *La tutela civile dei diritti*, Guiffrè, Milán, 2003 (Cuarta edición revisada y actualizada).
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, *La Ejecución Forzosa sobre Inmuebles en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Aspectos civiles y registrales)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001.
- DÍAZ HUNGRÍA, José, «Acciones en la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Revista de Derecho Privado*, 1951, año VII, núm. 4, págs. 629 a 641.
- DÍEZ RIAZA, Sara, *Armonización europea en materia de ejecución procesa civil (Especial consideración de la introducción del huissier de justicia en nuestro ordenamiento)*, Consejo General de Procuradores, Madrid, 2002.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María, «Desarrollo y regulación de los derechos fundamentales», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 20/2001 (2002).
- DOMINGO BARBERÁ, F., «Consideraciones prácticas acerca del procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil», *RJCat.*, 1985, págs. 61 y sigs.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés y TORIBIOS FUENTES, Fernando, *Ejecución hipotecaria de vivienda. Rehabilitación del préstamo y enervación de la acción*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- DOMÍNGUEZ VELASCO, María Teresa, «Ley de Enjuiciamiento Civil: ejecución dineraria», en *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales (Ejemplar dedicado a: Ley de Enjuiciamiento Civil (II))*, núm. 6, 2000, págs. 565 a 596.
- DORADO PICÓN, Domingo, «La ejecución no dineraria», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, núm. 1, 2002, págs. 337 a 370.
- DUQUE ORDÓÑEZ, María Auxiliadora, «Macrooficinas Judiciales IV», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, núm. 4, 2002, págs. 469 a 510.
- DELGADO CRUCES, Santiago, «La ejecución provisional», en *La ejecución provisional, la ejecución de títulos extrajudiciales y la ejecución de sentencias de la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Cuadernos de Derecho Judicial núm. XIV-2001, CGPJ, 2003, págs. 17 a 85.
- DORADO PICÓN, Domingo, «La ejecución no dineraria», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, año 2002, núm. 1, págs. 337 a 370.
- D'ORS, *Derecho Privado Romano*, Ediciones de la Universidad de Navarra S.A, Pamplona, 1991.

- «Titulus», *AHDE*, 1953, págs 496 y sigs.
- DURÁN Y LALAGUNA, Paloma, «Sobre la interpretación del derecho a la vivienda», *Revista General de Derecho*, núm. 630, marzo 1997, págs. 1867 a 1889.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- ELGUERA, «Origen y Evolución del contrato de locación en Roma», *RSADR*, núm. 2-3 (1956).
- ELISABETH KOCH, Ida, *Human Rights as Indivisible Rights. The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights*, Brill Academic Publishers, Holanda, 2009.
- ERDOZAIN LÓPEZ, José Carlos, *Anotaciones preventivas de embargo, prelación de créditos y transmisiones a terceros*, Aranzadi, Pamplona, 2000.
- «La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», *Aranzadi Civil*, núm. 2 (1997), págs. 79 a 89.
- ESCALER BASCOMPTE, Ramón, «La ejecución de sentencias no dinerarias en sus propios términos: una muestra jurisprudencial de la confusión existente. Análisis del Auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 21 de septiembre de 2001», en *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, nº 1-2, 2004, págs. 379 a 394.
- *El desahucio por falta de pago*, Atelier, Barcelona, 2006.
- ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, t. I, Temis, Bogotá, 1987 (reimpresión de edición de 1977); nueva edición del editado por Juan B. Guim en Besanzon, 1851; siendo la primera edición la de París, 1831.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago, «La disposición de la vivienda familiar y de los bienes de uso ordinario en el Derecho civil catalán (Notas en torno al art. 9 CF)», *La Notaria*, núm.14, abril de 2001, págs. 17 a 41.
- ESTEPA MORIANA, Vidal, «El juicio ejecutivo como proceso de ejecución en el derecho histórico español», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1977, págs 87 a 101.
- FAGET, J-P. «Les coulisses de l'exploit: l'expulsion», *Revue huissier de justice*, 1977-I, págs. 5 y sigs.
- «Entre expulsion et droit au logement: l'occupant sans titre», *Revue huissier de justice*, 1999, págs. 229 y sigs.
- FAIRÉN GUILLÉN, Victor, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Bosch, Barcelona, 1953.
- «Estudio histórico externo de la Ley de enjuiciamiento civil de 1855», en *Temas del ordenamiento procesal, Tomo I (Historia. Teoría General)*, Tecnos, Madrid, 1969, págs. 21 a 111.
- «La sistematización de la ejecución forzosa española», en *Temas del ordenamiento*

- procesal, Tomo I (Historia. Teoría General), Tecnos, Madrid, 1969, págs. 875 a 894.
- «La naturaleza del juicio de desahucio en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855», en *Temas del ordenamiento procesal, Tomo I (Historia. Teoría General)*, Tecnos, Madrid, 1969, págs. 113 a 130.
- «El proceso como función de satisfacción jurídica», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1969, núm. 1, págs. 17 y sigs; también en *Temas del ordenamiento Procesal, Tomo I (Historia. Teoría General)*, Tecnos, Madrid, 1969, págs. 354 a 433.
- «La Humanización del proceso», en AA. VV. (Storme, Marcel and Casman, Hélène, editores), *Towards a Justice with a human face (The first International Congress on the Law of Civil Procedure. 27 agosto 1977-4 septiembre 1977)*, Kluwer, Deventer (Holanda), 1978, págs 185-240.
- «Los “okupas” en la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Revista de Derecho Procesal*, año 2004, núm. 1-3, págs. 603 a 613.
- *Sobre la historia del juicio sumario ejecutivo en Valencia (La ordenació del rey don Martín de 1403)*, Universidad de Valencia, Valencia, 2004
- *Lo sumario y lo plenario en los procesos civiles y mercantiles españoles. Pasado y presente*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2007.
- FAUS, Manuel, «Atribución a un cónyuge del uso de la vivienda común y Registro de la Propiedad», *Breviario civil. 4: Derecho de familia* (2006), Vlex, edición on-line.
- *La ley del derecho a la vivienda en Cataluña*, Breviario civil 1: Contratos, abril 2008 (edición electrónica en Internet, V-lex).
- FEBRERO, José, *Librería de Escribanos (e instrucción jurídica teórico práctica de Principiantes corregida, mejorada y adicionada por su autor D. Josef Febrero)*, Oficina de la Viudad de Marín, 1790, Tres Tomos, Edición facsimil editada por el Consejo General del Notariado, Madrid, 1990.
- FENECH NAVARRO, Miguel, *El proceso penal*, 1956 (1.<sup>a</sup> ed.; 3.<sup>a</sup> de 1978; 4.<sup>a</sup> de 1982)
- FERNANDO ANDINO AXPE, Luis, «El Secretario Judicial: Poder Judicial y potestad-función jurisdiccional», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, año 2001, núm. 6, pags. 123 a 166.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, Miguel Ángel, *El proceso de ejecución*, s.e. (Imprenta Romagraf), Barcelona), 1982.
- *El procedimiento de apremio*, s.e., Barcelona, 1982.
- Derecho procesal civil, vol. III, *La ejecución forzosa. Las medidas cautelares*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995 (4.<sup>a</sup> edición, primera de 1990).
- *La ejecución forzosa y las medidas cautelares (en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil)*, Iurgium, Madrid, 2001.

- FERNANDEZ DE ARÉVALO Y MURILLO VALDIVIA, Santiago, *El juicio de desahucio de fincas urbanas, (examen doctrinal y práctico de la legislación vigente)*, Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones S.A. Madrid, 1944.
- FERNÁNDEZ DE SOTO BLASS, María Luisa «El principio de proporcionalidad en la administración pública y sus implicaciones tributarias», en AA. VV. (César Albiñana García-Quintana y Eusebio González, coords.), *Estudios en homenaje al Profesor Pérez de Ayala*, Dykinson, Madrid, 2008; págs. 317 a 354
- FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz, *Legitimación posesoria y legitimación registral*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002.
- FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, *LAU: Comentario articulado*, Comares, Granada, 2004, (3.ª ed.)
- *Los procedimientos arrendaticios urbanos con arreglo a la Ley 29/1994*, Comares, Granada, 1996.
- *Ley de Arrendamientos Urbanos*, Comares Granada, 1997.
- FERNÁNDEZ MARTÍN «Recursos y ejecución de sentencias en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», *SEPIN*, núm. 154 (1995), págs. 9 a 20.
- FERNÁNDEZ SEIJO, José María, «La ejecución de las sentencias de desahucio por falta de pago en rebeldía del demandado», en *Ejecución de sentencias civiles*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992. págs. 171 a 185.
- «La ejecución de títulos judiciales que lleven aparejado el lanzamiento», en AA. VV. (Moreno Catena dir.), *La Ejecución Civil*, CGPJ, Madrid, 2005 (Estudios de derecho judicial núm. 53-2004), págs. 909 a 936.
- FERNÁNDEZ ULIBARRI, Mariano, «Estudio de los plazos de ejecución de las sentencias dictadas en los juicios de desahucio en relación con las distintas causas de resolución de contratos de arrendamiento de viviendas o locales de negocio», *Revista General de Derecho*, 1951, Vo. VII, págs 377 a 379.
- FERNÁNDEZ VIVANCOS, Guillermo, «La ejecución de la sentencia de desahucio en arrendamientos rústicos», *Revista de Derecho Procesal*, 1953, núm 4, año IX, págs 523 a 541.
- FERNÁNDEZ DE ARÉVALO MURILLO, *El juicio de desahucio de fincas urbanas*, Madrid, 1944
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Iurgium, Madrid, 2001.
- FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, M. T., *La ejecución de sentencias en sus propios términos y el cumplimiento por equivalente*, Tecnos, Madrid, 1996
- FERRAJOLI, LUIGI, «El derecho como sistema de garantías», *Jueces para la Democracia: Información y Debate*, núm. 16, febrero de 1992 , págs. 61 a 69 (parte primera) y núm. 17, marzo 1992 (parte segunda); ponencia expuesta en las jornadas *La crisis*

- del Derecho y sus alternativas* organizadas por el CGPJ (30 nov. al 4 de dic. de 1992, Madrid); traducción de Perfecto Andrés Ibañez.
- «Sobre los derechos fundamentales», *Cuestiones Constitucionales*, núm. 15, 2006, UNAM, México. págs. 113 a 136.
- *Democracia y Garantismo*, Trotta, Madrid, 2008 (recopilación de artículos a cargo de Miguel Carbonell, ed.)
- FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, RBA, Madrid, 2005, edición revisada y actualizada en 2004, por Josep-María Terricabras sobre la sexta edición de 1964).
- FERRER MARTÍN, Daniel, «Cuestiones que suscitan los juicios de desahucio de fincas rústicas», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1946, págs 613 a 627.
- «Modificaciones introducidas en la Ley de Arrendamientos urbanos en materia de procedimiento», *Revista General de Derecho*, núms. 55-56 (1949), págs. 215 a 222.
- «Reclamación de gastos y mejoras por el arrendatario desahuciado», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1951, págs. 33 a 42.
- FIX ZAMUDIO, Hector, «Introducción al estudio del Derecho procesal social», *Revista Iberoamericana de Derecho procesal*, 1965, núm. 3, págs 389 a 418.
- FLORS MATÍES, José, *Tratado del proceso de ejecución civil* (con Montero Aroca, Juan), 2 vols, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- «Comentario al art. 776 de la LEC», en AA. VV, *Separación, divorcio y nulidad matrimonial*, tomo IV, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, págs. 3032 a 3997.
- FLORES, Jesús y LÓPEZ JARA, Manuel, «El nuevo “desahucio exprés” en el Anteproyecto de Ley de medidas de fomento del alquiler de viviendas: algunas observaciones», *El Consultor Inmobiliario*, núm. 97, Sección Doctrina, Enero 2009; también en *Diario La Ley*, núm. 7147, Sección Doctrina, 1 Abr. 2009.
- FOCARELLI, Carlo, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, Cedam, Padua, 2001.
- FOSSAS ESPADALER, Enric «“Cosa interpretada” en derechos fundamentales: jurisprudencia del TEDH y jurisprudencia constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardulararitzako Euskal Aldizkaria*, núm. 82, 2, 2008 (número monográfico sobre *La tutela multinivel de los Derechos Fundamentales*), pags. 165 a 180.
- FRAGA MANDIÁN, Antonio, «Comentarios al Libro III, Título IV: De la ejecución no dineraria», en AA. VV. (Xiol Ríos, Juan Antonio, coord.), *Enjuiciamiento Civil (Comentarios y Jurisprudencia. Ley 1/2000, de 7 de enero)*, Tomo tercero,

- Sepin, editorial jurídica, Madrid, 2008, págs. 4083 a 4163.
- FRANCO ARIAS, Just, *El procedimiento de apremio*, Librería Bosch, Barcelona, 1987.
- «El procedimiento del art. 131 de la ley Hipotecaria y los arrendamientos constituidos sobre la finca hipotecada (Texto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1992, de 16 de enero y algunas reflexiones sobre la misma)», *Justicia*, núm. 4 (1992), págs. 911 a 968.
- «Problemática derivada de la posesión en la subasta judicial», *Justicia* 98, *Revista de Derecho Procesal*, 1998, I-II, págs 25 a 36.
- «Comentario al artículo 661», en AA. VV. (Lorca Navarrete, Antonio, Coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2003 (2.<sup>a</sup> ed.), págs 3322 a 3324.
- «Comentario al artículo 674», en AA. VV., *Comentarios a la nueva LEC*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2003 (2.<sup>a</sup> ed.)
- «Comentario al artículo 675», en AA. VV., (Lorca Navarrete, Antonio María, dir.; Guilarte Gutierrez, Vicente, coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2003 (2.<sup>a</sup> ed.), págs 3359-3361.
- «Ejecución no dineraria. Disposiciones Generales. Ejecución por deberes de entregar cosas y por obligaciones de hacer y no hacer», en AA. VV. (Alonso-Cuevillas Sayrol, coord.), *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, vol. III, dijusa, Barcelona, 2000, págs. 461 a 512.
- FRIGOLA I RIERA, Antoni, «La ejecución no dineraria», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, año 2002, núm. 2, págs. 205 a 234
- FRIERA ALVAREZ, Marta «La Junta General del Principado de Asturias contra la normativa sobre arrendamientos de 1785», en AHDE, tomo LXX (2000) págs 379 a 403.
- FUENTES SORIANO, Olga, *El proceso de ejecución hipotecaria*, Edijus, Zaragoza, 1998.
- «Ejecución y entrega de bienes inmuebles ocupados. Obligación de dar», *Práctica de Tribunales* (La Ley), mayo de 2008, núm. 49.
- FUENTESECA, Cristina, *La posesión mediata e inmediata*, Dykinson, Madrid, 2002.
- FUENTES LOJO, Juan V., *Suma de Arrendamientos Urbanos* (4.<sup>a</sup> ed.), Librería Bosch, Barcelona, 1960.
- *Novísima Suma de Arrendamientos Urbanos* (10.<sup>a</sup> ed.), J.M.<sup>a</sup> Bosch, Barcelona, 1996.
- *Novísima Suma de Arrendamientos Urbanos* (12.<sup>a</sup> ed.), J.M.<sup>a</sup> Bosch, Barcelona, 2001.
- FUGARDO ESTIVILL, Josep M.<sup>a</sup>, «En torno a la protección del patrimonio familiar.



- Especial consideración del régimen jurídico del “bem de família” en el derecho de Brasil», *Revista jurídica del notariado*, núm. 64, 2007, págs. 9 a 58.
- «La protección patrimonial familiar en el derecho argentino: el “bien de familia”», *La notaria*, núm. 28, 2006, págs. 17 a 76
- «La protección de la vivienda habitual mediante declaración voluntaria de inembargabilidad según la Ley francesa de 1 de agosto de 2003 (“Loi Dutreil”», *La notaria*, núm. 21, 2005, págs. 19 a 38.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Poder y Derecho (Del Antiguo Régimen al Estado Constitucional en España. Siglos XVIII al XIX)*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- GALLEGO SÁNCHEZ, Fernando, «Problemática de la ejecución de bienes inmuebles ocupados», *Práctica de Tribunales*, núm. 49, mayo de 2008; también en *Revista La Ley*, núm. 16051, 2008.
- GALVEZ MONTES, F. J., «Comentario al artículo 47 CE», en Garrido Falla, F. (dir.), *Comentarios a la Constitución*, 3.<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 2001, págs. 928 y sigs.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José y MORENILLA ALLARD, P., *Convenio Europeo de Derechos Humanos y jurisprudencia del tribunal europeo relativa a España, Textos, Protocolos, Nuevo Reglamento del Tribunal, Normas Complementarias y Formulario de Demanda*, Barcelona, Bosch, 1999.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José, «Problemática del derecho fundamental a la ejecución de las Resoluciones judiciales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *Repertorio de Jurisprudencia*, num. 13/2002. Edición electrónica en Internet *Aranzadi West-Law*, BIB 2002\645.
- *El proceso de ejecución forzosa en la Nueva LEC (comentarios y jurisprudencia al Libro III, «De la ejecución forzosa», de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil)*, Civitas, Madrid, 2003.
- *El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2 vols. II, Thomson-Civitas, Madrid, 2007 (2.<sup>a</sup> ed.).
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica», en *Derecho sociales y proporcionalidad*, en AA. VV. (Alexy, Robert, et alii), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009 (2.<sup>a</sup> ed.; 1.<sup>a</sup> de 2007), págs. 249 a 332.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, «¿Existen diferencias entre reglas y principios en el Estado constitucional?. Algunas notas sobre la teoría de los principios de Alexy», en AA. VV. (Alexy, Robert, et alii), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009 (2.<sup>a</sup> ed.; 1.<sup>a</sup> de 2007), págs. 333 a 370.
- GARCÍA GARCÍA, J. M., *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Madrid, Civitas, 1994.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1990 (quinta edición; 1.<sup>a</sup> de 1974).
- *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1993 (cuarta edición; 1.<sup>a</sup> de 1977).
- GARCÍA GIL, E. Javier, *La compraventa de vivienda* (3.<sup>a</sup> ed.), Dykinson, Madrid, 1999.
- GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el Derecho a una vivienda digna*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982.
- «Los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda como derechos funcionales de libertad », *Revista catalana de dret públic*, núm. 38, 2009, págs. 67 a 79.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1987.
- GARCÍA VALDECASAS, Guillermo, *La posesión*, Comares, Granada, 1987, 2.<sup>a</sup> ed. (1.<sup>a</sup> de 1952).
- GÁRNICA MARTÍN, Juan Francisco, «Posición jurídica del subarrendatario y cesionario en el proceso de resolución del contrato de arrendamiento (Sentencia del Tribunal Constitucional 58/1988, de 6 de abril)», *Revista General de Derecho*, núm. 548 (1990), año XLVI, págs. 3125 a 3146.
- GARRIDO, P., «El derecho a una vivienda digna y adecuada» en AA. VV. (Tajadura, J., dir.), *Los principios rectores de la política social y económica*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004, págs. 369 y sigs.
- GARRIDO CARRILLO, Francisco Javier, *La Oficina Judicial. Análisis de su nuevo diseño*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, «Cinco consideraciones acerca de la concepción de los derechos sociales de Robert Alexy», en AA. VV. (Alexy, Robert, et alii), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, 2.<sup>a</sup> ed., págs. 151 a 161.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos «El principio de proporcionalidad como elemento de control de la constitucionalidad de las restricciones de los Derechos fundamentales», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, num. 16/2003. Edición on-line, Aranzadi West-Law, BIB 2003\1386.
- GAVILÁN LÓPEZ, Jesús, «La ejecución no dineraria», en *La Ejecución provisional, la ejecución de títulos extrajudiciales y la ejecución de sentencias de la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, págs. 277 a 296.
- GELSI BIDART, Adolfo, «Proceso y época de cambio», separata de la Revista de Estudios Procesales, núm. 19 (1974), Rosario, Argentina, págs. 35 y ss.
- «La humanización del proceso (II)», en VV. AA. (Storme, Marcel y Casman,

- Hélène, editores.), *Towards a Justice with a Human Face. The first international congress on the law of civil procedure*, Kluwer, Antwerpen-Deventer (Holanda), 1978, págs. 241 a 301.
- GIMENO SENDRA, Vicente, «Los procedimientos de la Ley de Propiedad Horizontal» en *Derecho Procesal, tomo I (Vol II): Proceso Civil (2)*, 6.<sup>a</sup>, Tirant lo blanch, Valencia, 1992, págs. 272 y 273.
- GIMÉNEZ-ESPARZA LÓPEZ, José, «En torno a la novísima Ley de Arrendamientos Urbanos; pluralidad de notificaciones de negativas de prórrogas», *Pretor*, 1956, núm. 44, págs. 55 a 62.
- GOLDSCHMIDT, James, *Derecho Justicial Material Civil*, Ejea, Buenos Aires, 1959 (traducción de Catalina Grossman sobre la versión alemana de 1905)
- *Derecho Procesal Civil*, Labor, Barcelona, 1936 (traducción de Prieto Castro y adiciones de Alcalá Zamora y Castillo).
- GOLDSCHMIDT, Roberto, *Derecho Justicial Material Civil*, Ejea, Buenos Aires, 1959, (reproducción del trabajo publicado en los Estudios en Honor de Hugo Alsina, Ediar, Buenos Aires, 1946).
- GOLDSCHMIDT, Werner, *La ciencia de la Justicia (Dikelogía)*, Aguilar; Madrid, 1958
- «La imparcialidad como principio básico del proceso: parcialidad y parcialidad», discurso de recepción del autor como miembro de número del Instituto Español de Derecho Procesal, en *Conducta y norma*, Librería Jurídica Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1955, págs. 133 y siguientes.
- GÓMEZ ARROYO, José Luis «El Secretario Judicial: independencia e imparcialidad», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, año 2001, núm. 6, págs. 11 a 74.
- GÓMEZ CALERO, Juan, «Sobre la entrega de bienes inmuebles de la masa activa adjudicados en subasta judicial», en AA. VV., *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia, Vol. 5 (Liquidación concursal, conclusión y reapertura del concurso, calificación del concurso, supuestos especiales)*, Marcial-Pons, Madrid, 2005, págs. 4827 a 4846.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, «Los procesos de arrendamiento» en AA. VV., *Derecho Jurisdiccional, Vol II: Proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1995, págs. 687 a 695.
- GÓMEZ DEL CASTILLO GÓMEZ, Manuel, «Derecho a un Juez perteneciente al Poder Judicial», en AA. VV. (Saavedra Gallo, Pablo, coord.), *Sistema de Garantías Procesales*, Dijusa, Madrid, 2008, págs. 208 a 263.
- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBÁN, Juan Manuel, *Elementos del Derecho Civil y Penal de España* (2.<sup>a</sup> edición corregida y aumentada), Madrid, Imprenta de don Vicente de Lalama, 1843
- , *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos*

- la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1857.
- GÓMEZ GALLIGO, «La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva LEC», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 659, mayo-junio de 2000, págs. 1875 sigs.
- GÓMEZ LUCAS, Miguel Ángel y Gómez Gil, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Colex, Madrid, 2001.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, P. M. «Posesión judicial de los bienes al adquirente en el procedimiento judicial sumario del art. 131 de la Ley Hipotecaria», en AA. VV, *Los procesos hipotecarios*, Consejo General el Poder (Cuadernos de Derecho Judicial, vol XVI), Madrid, 1993, págs. 104 y sigs.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Jesús, *La ejecución civil. (Aspectos teóricos y prácticos del libro tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil)*, Dykinson, Madrid, 2002.
- «Actos preparatorios de la subasta pública de los bienes inmuebles», *Estudios jurídicos. Cuerpo de secretarios judiciales*, 2002, núm. 3, págs. 137 a 164.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus: *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.
- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990.
- «El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español», en AA. VV. (Barnés Vázquez, Javier, coord.), *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5 (monográfico sobre el principio de proporcionalidad), septiembre-diciembre, 1998, págs 191 a 215
- GONZÁLEZ GARCÍA, M. A., «Ejecución de condenas no dinerarias», *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales VI. (Ley de Enjuiciamiento Civil II)*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 2000.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Alberto «Aspectos Procesales Generales de la Ley Concursal», en Enrique Sanjuán y Muñoz (Coordinador), *Competencias de los Juzgados de lo Mercantil. Competencias en materia concursal y “competencias añadidas” mercantiles. (Sociedades, competencia, publicidad, transporte, propiedad industrial, propiedad intelectual, etc.)*, Tirant lo blanch, Valencia 2008, págs. 829 a 916.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a una vivienda digna en la Ley del Suelo de 2008*, en *Cuadernos de Derecho Registral*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008
- GONZÁLEZ PILLADO, Esther y CANDAL JARRÍN Ignacio-Santiago, «Un apunte sobre la subasta judicial de bienes inmuebles», en Esther González Pillado y María José Carrazoni Fuertes (Coord.), *III Jornadas sobre la Nueva Ley de Enjuiciamiento*

- Civil. La ejecución*, Ilustre Colegio de Procuradores de Vigo, págs. 195 a 235.
- GONZÁLEZ CANO, María Isabel, «Algunas consideraciones sobre los juzgados de violencia sobre la mujer», *Dereito*, vol. 14, núm. 2 (2005), págs. 227 a 241.
- GONZÁLEZ GARCÍA, María Angeles «Ejecución de condenas no dinerarias», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, año 2000, núm. 6, págs. 799 a 828.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio, «Comentario al art. 13 LAU», en AA. VV. (Lasarte Álvarez, Carlos, coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 303 a 373.
- GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi, «La ejecución forzosa», en AA. VV. (Alonso-Cuevillas Sayrol, coord.), *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Vol. III, dijusa, Barcelona, 2000, págs. 65 a 138.
- GUINCHARD, Serge, «Les modèles du droit processuel: La garantie de l'exécution de la décision du juge», en AA. VV. *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès*, Dalloz, Paris, 2005 (3.<sup>a</sup> ed.), págs. 844 a 853.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino, *Exposición de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo blanch 2002.
- GUERRA SANMARTÍN, José, *Lecciones de Derecho Procesal (Proceso Civil. Vol. II. Parte Especial)*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1989.
- GUZMÁN FLUJA, Vicente Carlos ; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Los derechos procesales del menor de edad en el ámbito del proceso civil*, Subsecretaría de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.
- GUTIÉRREZ BERLINCHES, Alvaro, *Algunas reflexiones sobre el concepto de sumariedad*, *Revista de Derecho Procesal*, 2003, núm. 1 a 3, págs. 296 y sigs.
- GUTIERREZ GONZÁLEZ, Carlos, «Aspectos procesales de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994», *Revista General de Derecho*, núm. 607 (año LI), págs. 3181 a 3206.
- GÓMEZ ARROYO, José Luis, «El Secretario Judicial: independiencia e imparcialidad», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, año 2001, núm. 6, págs. 11-74.
- GUASP DELGADO, Jaime, *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*, Barcelona, 1951.
- *Derecho procesal Civil. Tomo I. Introducción y Parte general*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.
- *Derecho procesal Civil. Tomo II. Parte especial*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.
- *Concepto y Método de Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1997 (original de ),
- GUERRA SAN MARTÍN, José, *Lecciones de Derecho procesal. Vol II. Parte Especial*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1989.

- GUTIERREZ DE CABIEDES, Eduardo, *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1974.
- «Aspectos históricos y dogmáticos del juicio ejecutivo y del proceso monitorio en España», *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1974, págs. 411 a 458.
- GUILLÉN SORIA, José Miguel «La configuración del Secretario Judicial en la Ley de Enjuiciamiento Civil» *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Ministerio de Justicia: Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, año 2000, núm. 5, págs. 109 a 156.
- «Estudio del derecho comparado respecto a la similitud con la figura y proyección del Secretario Judicial español», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, año 2001, núm. 6, Págs. 167-208
- GUZMÁN FLUJA, Vicente Carlos; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Los derechos procesales del menor de edad en el ámbito del proceso civil*, Subsecretaría de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.
- HERNÁNDEZ DE LA RÚA, Vicente, «Reflexiones sobre las Leyes de arrendamientos», *Boletín de Jurisprudencia y Legislación*, nº 17 (1842), págs 15 a 17 y núm. 18 (1843), págs. 49 a 64.
- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo III, segunda edición, Imprenta del Boletín de Jurisprudencia, s.l., 1858. (Título XII, del juicio de desahucio, págs 377 a 403).
- HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús Miguel, *La nueva regulación de la nulidad procesal. El sistema de ineficacia de la LOPJ*, Forum, Oviedo, 1995.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «La protección constitucional de la vivienda y su proyección penal: especial referencia a los fenómenos okupa y mobbing inmobiliario», *Consejo General del Poder (Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, núm. 10)*, CGPJ, 2005, págs 11 a 53.
- HESS, BURKHARD, «Comparative Analysis of the National Reports, en AA.V. (Andenas, Mads; Hess, Burkhard y Obermaier, Paul, eds.), *Enforcement Agency Practice in Europe*, The British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2005, págs. 25 a 46.
- HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica*; T. I, Casa de Juan García, Madrid, 1747 (primera impresión en Madrid de 1606, otra anterior en Lima de 1603).
- HERNÁNDEZ VERGARA, Antonio «Libro III: de la ejecución forzosa y de las medidas cautelares», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, 2001, núm. 8, págs. 179 a 287.
- HERRANZ CASTILLO, R., «Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución», *Diario La Ley*, núm. 5823, año XXIV, de 14 de julio de 2003

- (edición electrónica en Internet).
- HERRERO PÉREZAGUA, J. F., *La representación y defensa de las partes y las costas en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2000.
- «Consideraciones sobre la tutela del arrendador a través del proceso de desahucio», *Aranzadi Civil*, núm. 21, 2004, edición electrónica en Internet.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, E. «La intervención administrativa en la ejecución de sentencias y la exacción de la responsabilidad civil por delitos contra la Hacienda Pública en la nueva Ley General Tributaria», en *Diario la Ley*. Año XXV N° 6095. Martes 28 de septiembre de 2004.
- HUMBERT, FLORENTINO, «Del Juicio de Desahucio», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1879 (Tomo LV), págs 241 a 258.
- *Voz desahucio*, *Enciclopedia Jurídica Española*, tomo XI, Seix, Barcelona,
- HERNÁNDEZ VERGARA, Antonio «Libro III: de la ejecución forzosa y de las medidas cautelares», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, núm. 8, págs. 179 a 287.
- HERNÁNDEZ DELA RÚA, Vicente, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Imprenta del Boletín de Jurisprudencia, s.l., 1858, segunda edición, tomo III, especialmente relativas al desahucio las págs. 377 a 403.
- HIERRO, Liborio L., «Los derechos económico sociales y el principio de igualdad en la teoría de Robert Alexy», en AA. VV. (Alexy, Robert, *et alii*), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009 (2.ª ed.; 1.ª de 2007), págs. 163 a 248.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, Felipe, *Administración pública y vivienda*, Ed. Montecorvo, Madrid, 2000.
- IGLESIAS MEJUTO, J., «Posesión judicial del adjudicatario en la ejecución hipotecaria y Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», AA.VV., *Presente y futuro del proceso civil*, J. Picó i Junoy, dir, Barcelona, 1998.
- ILLESCAS RUS, Ángel Vicente., «Comentario al artículo 704», en AA. VV. (Fernández-Ballesteros; Rifa Soler y Valls Gombau, coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Iurgium, Barcelona, 2000.
- «Comentarios al Libro II, Título III LEC: Del juicio verbal», en AA. VV. (Xiol Ríos, Juan Antonio, coord.), *Enjuiciamiento Civil (Comentarios y Jurisprudencia. Ley 1/2000, de 7 de enero)*, Tomo II, Sepin, editorial jurídica, Madrid, 2008, págs. 2689 a 2896.
- JACOBSON, Ulla, «Regional Report from Scandinavia», en AA. VV., *Trends in the Enforcement of Non-money Judgements and Orders: The First International Colloquium on the Law of Civil Procedure*, Kluwer Law International, La Haya (Holanda), 1988, págs. 111 a 137.
- JIMENEZ BLANCO, A., «El derecho a una vivienda digna y adecuada», en AA. VV.

- (Monereo, J. L., dir.), *Comentarios a la Constitución Social y Económica de España*, Comares, Granada, 2002, págs. 1711 a 1726.
- JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco, «El sistema europeo de protección de los derechos Humanos. El Consejo de Europa y la Carta Social (II)», en AA. VV. (Casadevante Romaní, Carlos Fernández, coord), *Derecho internacional de los Derechos Humanos*, Dilex, Madrid, 2007, págs. 221 a 253.
- JONGBLOED, TON, «Can there be a European Bailiff?», en AA. VV. (Andenas, Mads; Hess, Burkhard y Obermaier, Paul, eds.), *Enforcement Agency Practice in Europe, The British Institute of International and Comparative Law*, Londres, 2005, págs 253 a 464.
- JORDANO BAREA, J. B., «Una elección sobre la posesión», *ADC*, 1986, págs. 1048 y sigs.
- JUÁREZ CHICOTE, Juan Ignacio «Antecedentes de la actual regulación de los arrendamientos urbanos», en AA. VV. (Sánchez Goyanes, Enrique, coord.), *Ley de Arrendamientos Urbanos*, Editorial Paraninfo
- JULVE GUERRERO, Inmaculada, «Actos de comunicación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: el nuevo papel de los procuradores en el proceso», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, año 2000, número 5, págs. 325 a 376.
- JUAN Y COLOM, *Instrucción de escribanos, en orden a lo judicial*, 1736 (primera edición)
- KELSEN, Hans, *¿Qué es la Justicia?*, Ariel, Barcelona, 1991.
- KENNA, Padraic, «El derecho a la vivienda: obligaciones positivas y derechos exigibles (especial referencia a los estándares internacionales)», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 12, 2008, págs. 167 a 178.
- «El derecho a la vivienda en Europa: deberes positivos y derechos exigibles (según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)», *Revista de derecho político*, núm 74, 2009, págs. 477-501
- KENNETT, Wend., «General Report: Enforcement», en AA. VV. (Storme, M., ed.), *Procedural Laws in Europe towards Harmonization*, Maklu-Uitgevers Antwerp, 2003.
- *The Enforcement of Judgements in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- KERAMEUS, Konstantinos D., «Enforcement Proceedings», en AA. VV. (Zweigert, Konrad y Drobnig, Ulrich, eds.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XVI (Capelletti, Mauro, ed.), Mohr Siebeck y Martinus Nijhoff Publishers, 2002 (instalment 37).
- KODEK, Georg E., «The impact of the European Convention on Human Rights and Fundamental Liberties on Enforcement Practices», en AA. VV. (Andenas, Mads; Hess, Burkhard y Obermaier, Paul, eds.), *Enforcement Agency Practice in Europe, The British Institute of International and Comparative Law*, Londres, 2005, págs 303 a 334.



- KUNKEL, Wolfgang, *Historia del Derecho Romano*, Ariel, Barcelona, 1975.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994 (traducción de Rodríguez Molinero, Marcelino, sobre la edición alemana de 1980).
- LACRUZ BERDEJO, José Luís; (con Luna Serrano, Agustín; Delgado Echeverría; Jesús; Mendoza Olivan, Victor), *Elementos de Derecho Civil. Tomo III. Derechos Reales. Vol. I.º. Posesión y propiedad* (3.ª ed.), J. M.ª Bosch, Barcelona, 1990.
- LADRÓN RODA, Teodoro, «La ejecución forzosa de condenas no dinerarias», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, año 2000, núm. 6, págs. 735-772
- LAFUENTE TORRALBA, A. J., *La oposición a la ejecución*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- LAMO RUBIO, Jaime, *Nulidad de actuaciones judiciales: régimen jurídico actual y perspectivas*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1998.
- LASARTE ÁLVAREZ, C, «La ejecución hipotecaria y la tutela judicial efectiva del arrendatario (Notas de urgencia a la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de enero de 1992)», *Tapia*, núm 62, 1992, pág 7-9.
- LECKIE, Scott, *When Push Comes to Shove: Forced Evictions and Human Rights*, Habitat International Coalition, 1995, edición digital.
- *From Housing Needs to Housing Rights: An Analysis of the Right to Adequate Housing Under International Human Rights Law*, International Institute for Environment and Development (Human Settlements Programme), London, 1992.
- LEROY, «L'efficacité des procédures judiciaires au sein de l'Union européenne et les garanties des droits de la défense, la transparence patrimoniale», en AA. VV. (Caupain, M. y De Leval, J. eds.), *L'efficacité de la justice en Europe*, Larcier, Bruselas, 1999, págs. 275 a 296.
- LETE DEL RÍO, J.M. y Espín Alba, I., *Los arrendamientos rústicos. Según la Ley de 26 de noviembre de 2003*, Colex, Madrid, 2005.
- LIEBMAN, Enrico Tullio, «L'actio iudicati nel processo giustiniano», en *Studi in onore di Pietro Bonfante*, Vol. III, Milano, Fratelli Treves Editor, 1930, págs. 399 a 405.
- *La opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, Roma, 1936 (2.ª ed).
- «Sobre el juicio ejecutivo», en *Estudios de Derecho Procesal en Honor de Hugo Alsina*, Ediar, Buenos Aires, 1946
- LLEDO YAGÜE, Francisco, *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 1ª edición, Dykinson, 2000.
- LLOPIS GINER, «La vivienda familiar: su protección registral», en AA. VV. (Clemente Meoro, Mario Enrique, coords.), *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en Homenaje al Profesor Celestino Cano Tello*, Tirant lo Blach, Valencia, 2002, págs. 333 a 362.
- LÓPEZ RAMÓN, FERNÁNDEZ (coord.), *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial

- Pons, Madrid, 2010.
- LÓPEZ BARAJAS SEGURA, J M, «Procedimientos arrendaticios regulados en la Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994, de 29 de noviembre», en AA. VV. (Díez-Picazo Giménez, Ignacio y Martínez-Simancas Sánchez, J. dirs.), *Estudios de Derecho Procesal*, Vol I, Madrid, 1996.
- LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, Carmen, «Desahucio por falta de pago. Modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil por Ley 23/2003, de 10 de julio», *Boletín del Colegio de Abogados de Cantabria* (publicado en <http://noticias.jurídicas.com> en octubre de 2003).
- LORCA NAVARRETE, Antonio María, *El problema de la Administración de Justicia, Instituto Vasco de Derecho Procesal*, San Sebastián, 1989, reimpresión en Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 1996.
- *Manual de garantías jurisdiccionales y procesales del derecho: organización judicial y principios rectores*, Dykinson, Madrid, 1998.
- «Artículos 517 a 522», en AA. VV. (Lorca Navarrete, Antonio María, dir; Guilarte Gutierrez, Vicente, coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2003, Tomo III, págs. 2473 a 2493.
- «El Derecho Procesal como sistema de garantías», *La Ley*, núm. 5933 (15 de enero de 2004), págs 1 a 7.
- «La garantía del Derecho Procesal y su incidencia en la Ley de Enjuiciamiento Civil», *La Ley*, núm. 6346 (25 de octubre de 2005), págs 1 a 7.
- «La ejecución de las resoluciones judiciales. Otros servicios comunes», en AA. VV., *La Nueva Regulación de la Oficina Judicial*, Centro de Estudios Jurídicos, Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 83 a 118.
- «El proceso “con todas las garantías” (artículo 24.2 de la Constitución)», *Diario La Ley*, núm. 6803 (19 de octubre de 2007).
- «El Derecho Procesal conceptualizado a través de la metodología del garantismo procesal: el denominado “Derecho de la garantía de la función jurisdiccional”», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Universidad del País Vasco, núm. 1 (enero, 2008); Tomo XX, págs. 15 a 30.
- *Estudios sobre garantismo procesal (El derecho procesal conceptualizado a través de la metodología del garantismo procesal: el denominado «Derecho de la garantía de la función jurisdiccional»*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2009.
- LOSCERTALES FUERTES, Daniel, «Otros procesos. Ejecución de sentencias y recursos en los arrendamientos urbanos según la nueva ley de Enjuiciamiento Civil», *Revista Sepín-Arrendamientos Urbanos*, núm. 203-A, mayo de 2000.
- «La cuantía en los desahucios por falta de pago y la intervención de abogado y procurador», *Revista Sepín-Arrendamientos Urbanos*, núm 211, febrero de 2001.

- «Los procesos verbales en arrendamientos urbanos», *Revista Sepín-Arrendamientos Urbanos*, núm. 216, julio-agosto, 2001.
- «Notas para la reforma de la LEC en los procesos de arrendamientos urbanos», *Revista Sepín-Arrendamientos Urbanos*, núm. 239, septiembre de 2003.
- «El plazo de lanzamiento en los arrendamientos urbanos», *Revista Sepín-Arrendamientos Urbanos*, núm. 242, diciembre de 2003.
- «Los juicios rápidos en los desahucios por falta de pago», *Revista Sepín-Arrendamientos Urbanos*, núm. 243, enero de 2004.
- *Arrendamientos urbanos (comentarios, jurisprudencia y formularios)* (5.ª edición), Sepín, Madrid, 2005.
- *Arrendamientos urbanos (comentarios, jurisprudencia y formularios)* (7.ª edición), Sepín, Madrid, 2009.
- LUCAS VERDÚ, «La justicia, fundamento axiológico del Estado de Derecho», en *Luis Legaz Lacambra: figura y pensamiento*, Madrid, 1993.
- LUCES GIL, F., «Algunas consideraciones respecto de los plazos de espera para la ejecución de las sentencias de desahucio por falta de pago», *Revista Sepín-Arrendamientos Urbanos*, núm. 226, junio de 2003.
- LUCIANO BORGES, Alejo «Macrooficinas Judiciales II», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Año: 2002, Número: 4, págs. 403-443
- LUCINI CASARES, Ángel, «La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 596, enero-febrero 1990, págs. 87 a 116.
- LUISO, Francesco Paolo, *L'esecuzione «ultra partes»*, Giuffrè, Milán, 1984.
- LUMBRERAS VALENTE, Pedro, «Aportación a la historia del juicio ejecutivo en el derecho patrio», *Revista de Derecho Procesal (publicación Iberoamericana y Filipina)*, núm. 2 (segunda época-1960), págs. 243 a 251 (acumuladas 386 a 394).
- LUQUE TORRES, Gracia, *Las subastas judiciales, Aspectos civiles, procesales e hipotecarios*, Comares, granada, 1999.
- MAGRO SERVET, Vicente, «La regulación del juicio de desahucio en la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil», *Revista Sepín-Arrendamientos Urbanos*, núm. 208-A, noviembre de 2000
- «La ejecución de bienes inmuebles y la regulación en la L.E.C. 2000 de la presencia de ocupantes en las viviendas adjudicadas en subastas judiciales», *Revista Jurídica La ley*, nº 5336, 22 junio 2001 (año XXII), págs. 1-5
- «La ejecución provisional de las condenas no dinerarias», *Revista Jurídica La ley*, núm. 2569, de 16 de marzo de 2001
- «Hacia un proceso monitorio europeo», *Revista Jurídica La ley*, núm 5517, de 5 de abril de 2002, págs. 1 y sigs.

- «La modificación del juicio de desahucio en la LEC en virtud de la Ley 23/2003, de 10 de julio de garantía en la venta de bienes de consumo (análisis de las importantes modificaciones que en la Ley 23/2003 se introducen en la LEC en la regulación del juicio de desahucio a fin de agilizar la entrega del inmueble al arrendador)», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 2, octubre de 2003.
- «La repercusión en los juicios de desahucio de las oficinas de señalamiento inmediato», *Práctica de Tribunales*, núm. 2, febrero 2004, págs. 46 a 53.
- «La criminalización de la no devolución posesoria por el arrendatario del inmueble en el impago de alquileres», *Diario La Ley*, N° 6922, Sección Doctrina, 10 Abr. 2008; también en *El Consultor Inmobiliario*, N° 91, Sección Doctrina, Junio 2008.
- «Funcionamiento de las Oficinas de Señalamiento Inmediato», *Práctica de Tribunales*, núm. 60, Sección Práctica Procesal, mayo 2009; también en *Diario La Ley*, núm. 7195, Sección Tribuna, 12 Jun. 2009.
- «Protocolo para el funcionamiento de las oficinas de señalamiento inmediato. “Los juicios rápidos civiles”», *Práctica de Tribunales*, núm. 73, julio-agosto 2010.
- MANDRIOLI, Crisanto, voz «Esecuzione per consegna o rilascio» en *Digesto delle discipline privatistiche sezione civile* (vol VII), UTET, 1991 Torino. págs 616 ss.
- *L'esecuzione forzata in forma specifica (premesse e nozioni generali)*, Giuffrè, Milán, 1953.
- MANGLANO DÍEZ, Isabel «Macrooficinas Judiciales III», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Año: 2002, Número: 4, págs. 445-468
- MANRRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, (reformada conforme a las bases aprobadas por la Ley de 21 de junio de 1880)*, sexta edición (aumentada por García Valdés, Rafael), Instituto Editorial Reus, Madrid, 8 tomos 1946-1947. Se reparten el comentario al juicio de desahucio el tomos VI (págs. 818 a 831) y VII (págs. 5 a 276).
- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, (reformada conforme a las bases aprobadas por la Ley de 21 de junio de 1880)*, cuarta edición (aumentada por Francisco de P. Rives y Martí), Editorial Reus, Madrid, 1919-1921. Comentario al juicio de desahucio en tomo VI (1921), págs. 5 a 75.
- MANGLANO DÍE, Isabel «Macrooficinas Judiciales III», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Año: 2002, Número: 4, págs. 445-468.
- MANRRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, (reformada conforme a las bases aprobadas por la Ley de 21 de junio de 1880)*, sexta edición (aumentada por García Valdés, Rafael), Instituto Editorial

- Reus, Madrid, 8 tomos, 1946-1947. Comentario al Título XVII, "Del juicio de desahucio" en Tomos VI (artículos 1318 al 1560), págs 818 a 831 de 1946 (sobre la 5.<sup>a</sup> edición de 1929) y Tomo VII (artículos 1561 a 1810), págs, 5 a 276 (sobre la 5.<sup>a</sup> edición).
- Tomo VI, 4.<sup>a</sup> edición, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1921,
- (con Miquel, Ignacio; Reus y García, José), *Ley de Enjuiciamiento civil comentada y explicada para mejor inteligencia y aplicación*, Tomo III, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1857, págs 514-554.
- Tomo IV, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1861.
- MANZANO SOLANO, («Publicidad Registral en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», RCDI, 2001, pág 2089)
- MARÍN LÓPEZ, Juan José, «comentario al art. 14 LAU», en AA. VV., (Bercovitz, Rodríguez-Cano, coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (4.<sup>a</sup> ed.), Aranzadi, Pamplona, 2005.
- «Comentario al art. 13 LAU»
- MARINA MARTÍNEZ-PARDO, J., «De la ejecución de la sentencias de desahucio», en AA. VV. (Albacar López, J-L, dtor.), *Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y Jurisprudencia* (4.<sup>a</sup> ed), Madrid, 1994.
- MARSHALL, Theodor H., *Ciudadanía y Clase Social*, Madrid, Alianza, 1998 (obra original: *Citizenship and Social Class*, recopilación de conferencias impartidas por el citado profesor).
- MARTÍ MARTÍ, J., «La ejecución provisional de sentencias en los juicios de desahucio», *Revista Jurídica La ley*, tomo 4, 2002.
- «Desahucio por precario contra el movimiento okupa», *Diario La Ley* (año XXVII), núm. 6446, 22 de marzo de 2006.
- MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, José María, *La nulidad de actuaciones en el Proceso civil, Constitución y Leyes*, Madrid, 1991.
- MARTÍN DIZ, Fernando, *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles. Su tratamiento en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Comares, Granada, 2000.
- «Intervención y eventual desalojo de los ocupantes en la ejecución judicial de bienes inmuebles. Novedades de la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil», *Revista Jurídica La ley*, núm. 5147, de 25 sept. 2000, (año XXI), págs. 1 a 7.
- MARTÍN OSTOS, M., «de la ejecución de la sentencia de desahucio (Sección Cuarta Título XVII)», en AA. VV. (Cortés Domínguez, Vicente, coord.), *Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1985.
- MARTÍN PASTOR, José, *La oposición a la ejecución y la impugnación de actos ejecutivos concretos*, La Ley, Madrid, 2007.

- MARTÍNEZ DE SANTOS, Alberto, «La liberación de la vivienda familiar en la ejecución hipotecaria», *Actualidad Civil*, núm. 15, 13 abril de 2003, págs. 361 a 376 (Sección «doctrina»).
- MARTINEZ LLUESMA, J., «El reparto de asuntos entre juzgados de primera instancia ejecutivos», *Revista Jurídica La ley*, tomo I-2002, págs. 1939-1943.
- MARTÍNEZ SAURI, Santiago, «El procedimiento judicial en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», *Revista Jurídica La ley*, 1995, núm. 1, págs. 822 a 833.
- «Las modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación a los desahucios por falta de pago», *Revista Jurídica La ley*, núm. 5847 (año XXIV), 11 de septiembre de 2003.
- «La reciente reforma del desahucio por falta de pago y expiración de plazo», *Diario La Ley*, núm. 7299, Sección Doctrina, 9 dic. 2009 y núm. 7330, Sección Doctrina, 28 ene. 2010.
- MARTÍNEZ DE SANTOS, Alberto, «Las oficinas de señalamiento inmediato: ¿crónica del fracaso de una reforma?», *Revista Jurídica La ley*, (año XXVII), núm. 6495 (1 de junio de 2006).
- MARIMÓN DURÁ, «Procesos matrimoniales: ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas», en AA.VV., *El Proceso Civil*, Tomo VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, edición electrónica en Internet)
- MARÍN LÓPEZ, Juan José, «Artículo 13. Resolución del derecho del arrendador», en AA. VV. (Bercovitz, Rodrigo/Cano, Rodríguez, coords.) *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, 4.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Pamplona, 2005, pág. 287 a 335 (actualización para la cuarta edición a cargo de Colás Escandón, Ana).
- «Artículo 14. Enajenación de la vivienda arrendada», en AA. VV. (Bercovitz, Rodríguez-Cano, Rafael, coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, 4.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Pamplona, 2005, págs. 337 a 352 (actualización para la cuarta edición a cargo de Colás Escandón, Ana).
- MARTÍN DIZ, Fernando, «Intervención y eventual desalojo de los ocupantes en la ejecución judicial de bienes inmuebles. Novedades de la ley 1/2000, de enjuiciamiento civil», *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2000.
- MARTÍN PASTOR, José, *La oposición a la Ejecución y la impugnación de actos ejecutivos concretos*, La ley, Madrid, 2007.
- «La influencia de la reforma procesal de 2009 sobre la oposición a la ejecución y sobre la impugnación de actos ejecutivos», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 21, mayo 2010, págs. 1 a 44; edición digital en Iustel: RI §409184
- MONEREO PÉREZ, José Luís, *La protección de los derechos fundamentales. El modelo*

- européo*, Bomarzo, Albacete, 2009.
- MARTÍN RÍOS, M.<sup>a</sup> de Pilar, «El desarrollo en el inmueble de actividades indebidas: la acción de cesación», en *Los procesos en materia de propiedad horizontal (Estudio doctrinal, legislativo y jurisprudencial)*, Tirant lo Blanch, Valencia, edición electrónica en Internet.
- *Los procesos en materia de propiedad horizontal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- MARTÍNEZ PÉREZ, A., «Comentario al art. 438 CC.», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir. M. Albadalejo-S. Díaz Alabart), T. VI., 2.<sup>a</sup> ed., EDERSA, Madrid, 1993. págs. 283-285
- MAZZARELLA, «Sul contraddittorio nel processo esecutivo», *Rivista di diritto civile*, 1979, págs 623 y sigs.
- MEDINA CABRAL, Rafael, «Sobre la modificación del juicio de desahucio de finca urbana, La nueva redacción del art. 440,3 LEC», núm. 148, mayo/junio de 2004 (edición digital).
- MEDINA GARCÍA, Diego, «Las unidades procesales de apoyo directo. Funciones de los secretarios judiciales», en *La nueva regulación de la Oficina Judicial*, Centro de Estudios Jurídicos, Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 119 a 158.
- MEDINA GUERRERO, «El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales», en AA. VV. (Barnés Vázquez, Javier, coord.), *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5 (monográfico sobre el principio de proporcionalidad), septiembre-diciembre, 1998, págs. 119 a 141.
- MELGAR SALVAGO, Trinidad «Macrooficina Judicial», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Año: 2002, Número: 4, págs. 377 a 401.
- MÉNDEZ LÓPEZ, I., *El embargo y su práctica*, Oviedo, 1994,
- MELGAR SALVAGO, Trinidad, «Macrooficina Judicial I», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Año: 2002, Número: 4, págs. 377 a 401.
- MIGUEL ALONSO, Carlos, «problemática de la ejecución forzosa en lo civil», *Revista de Derecho Procesal*, primera época, núm. 4 (1965), págs. 33 a 63.
- MOLINER, María, *Diccionario de uso del español*, Gredos, Madrid, 1998 (1.<sup>a</sup> ed 1966-1967).
- MONACHON-DUCHÊNE, *Prévenir l'expulsion locative pour lutter contre l'exclusion*, JCP, 1998
- MONTERO AROCA, Juan, «La caución juratoria y el proceso del art. 141 de la Ley Hipotecaria», *Revista de Derecho Procesal*, 1971, págs. 263 y sigs.
- *La legitimación en el proceso civil. (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Civitas, Madrid, 1994.
- «Oposición del ejecutado en la ejecución de sentencias y tutela judicial

- efectiva», *RCDI*, año LXXI, núm. 631, noviembre-diciembre de 1995.
- *Procedimiento judicial Sumario del art. 131 de la Ley Hipotecaria (Doctrina, jurisprudencia y formularios)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág 839.
- *Derecho Jurisdiccional. Tomo II. Proceso Civil (con Gómez Colomer, Juan Luís; Montón Redondo, Alberto; Barona Villar, Silvia)*, 10.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- *El proceso de ejecución (Títulos ejecutivos. Demanda ejecutiva. Oposición a la ejecución)*, con Flors Maties, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales (la aplicación práctica del art. 96 del Código Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- *Tratado del juicio verbal* (con Flors Maties, José), Aranzadi, Pamplona, 2003 (2.<sup>a</sup> edición de 2004).
- *Tratado del proceso de ejecución civil* (con Flors Maties, José), 2 tomos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- MORALES MORENO, Angeles Leticia, «Particularidades de la ejecución en materia de familia», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, año 2002, núm. 2, págs. 235 a 264.
- MORAL MORO, María José, *La subasta judicial de bienes inmuebles*, J. M.<sup>a</sup> Bosch, Barcelona, 2000.
- MORENO VELASCO, Victor, «la problemática derivada de la atribución del uso de la vivienda familiar cedida por el propietario a los cónyuges a título gratuito», *Revista Jurídica La ley*, núm. 6503 (31 junio 2006); también en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía (Repertorio acumulativo anual de estudios doctrinales)*, núm. 3 (2006), págs. 1839 a 1842.
- MORAL MORO, María José, *La subasta judicial de bienes inmuebles*, J. M. Bosch, Editor, Barcelona, 2000,
- MORALES MORENO, Angeles Leticia, «Particularidades de la ejecución en materia de familia», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, año 2002, núm. 2, págs. 235 a 264.
- MORENO CATENA, Victor, *Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, T. IV, La Ejecución Forzosa* (con Cortés Domínguez, Valentín), Tecnos, Madrid, 2001.
- «La ejecución forzosa, algunos problemas prácticos», en Juan-Luís Gómez Colomer (coord.), *La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 295 a 324.
- MORENO GARCÍA, Juan Ángel, «Vías alternativas a la subasta judicial en la ejecución forzosa», en *La Ejecución provisional, la ejecución de títulos extrajudiciales y la ejecución de sentencias de la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, págs 239 a 276.



- MORENO MOCHOLI, Miguel, «Derecho, Acción y Juicio de desahucio (primera parte)», RGLJ, núm. 5 (1944), tomo VII; págs. 509 a 536
- «Derecho, Acción y Juicio de desahucio (segunda parte)», RGLJ, núm. 6 (1944) págs. 408 a 431.
- MORESO, José Juan, «Alexy y la aritmética de la ponderación», en AA. VV. (Alexy, Robert, et alii), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, págs. 223 a 248.
- MOSCOSO TORRES, «Ejecución no dineraria», en AA. VV., *LEC Comentada*, T. II, Sepín, Madrid, 2000, págs. 1401 a 1443.
- MUERZA ESPARZA, J., «Comentario a los artículos 524 a 537 LEC», en *Comentarios a la LEC*, T. II, ed. Aranzadi, Pamplona, 2001.
- MURGA GENER, José Luís, «La perclusio locatoris como vis privata legítima», *RIDA (Revue Internationale des Droits de l'Antiquité)*, núm. 34 (1987), págs. 229 a 264.
- MUÑOZ CASTILLO, J., *El derecho a una vivienda digna y adecuada*, Colex, Madrid, 2000.
- *Constitución y vivienda*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- NADAL GÓMEZ, Irene, *La transmisión a terceros de bienes inmuebles en el proceso de ejecución*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001.
- «Comentario al art. 704», en AA. VV. (Cordón Moreno; Armenta Deu; Muerza Esparza y Tapia Fernández, coords.), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. II, Aranzadi, Navarra, 2001.
- NAVARRO SANCHÍS, Juan Antonio «Especialidades de la ejecución hipotecaria», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, año 2002, núm. 3, págs. 249 a 284.
- NAVARRO MEDINA, «La ejecución forzosa no dineraria, soluciones legales presentes y futuras», en *Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de LEC. Comunicaciones*, Murcia, 1997, págs. 321-332.
- NAVARRO LOZANO, A., «El juicio rápido de desahucio», *Boletín de Legislación El Derecho*, núm. 323, de 5 de abril de 2004, edición digital.
- «La restitución de la posesión en el procedimiento de desahucio», *Boletín de Contratación Inmobiliaria* (año III), núm. 22, marzo de 2006, edición digital.
- NIEVA FENOLL, Jordi, *Enjuiciamiento «prima facie»*, Atelier, Barcelona, 2007
- *La cosa juzgada*, Atelier, Barcelona, 2006.
- OBERHAMMER, Paul, «Comparative Analysis of the Case Studies on Unlawful Enforcement», en AA. VV. (Andenas, Mads; Hess, Burkhard y Obermaier, Paul, eds.), *Enforcement Agency Practice in Europe*, The British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2005, págs. 343 a 349.

- OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio, *Partes y terceros en el proceso civil: perspectiva jurisprudencial y práctica*, Colex, Madrid, 1997.
- OCHOA MONZO, Virtudes, «Breves notas sobre la reforma del juicio de desahucio», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 2 (octubre 2003)
- «El juicio de desahucio por falta de pago a la luz de las nuevas reformas de la LEC», *Práctica de Tribunales*, núm. 2 (2004), págs 19 a 32.
- OGÁYAR Y AYLLÓN, Tomás, «Las nuevas orientaciones en el régimen económico jurídico de la propiedad rústica y las nuevas normas de la Ley de 23 de julio de 1942», en RGLJ, núm. 3 (septiembre 1942), año LXXXVII, segunda época, tomo IV (172 de la colección), págs. 225 a 280.
- ORÁA GONZÁLEZ, J., «El régimen procesal de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos. Notas críticas», *Revista Jurídica La ley*, tomo III, 1995.
- ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, «Constitución y vivienda familiar», en AA. VV. (Pedro-Juan Viladrich, dir.), *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1986.
- ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005 (3.ª ed., 1.ª de 2000).
- «Ejecución de prestaciones no dinerarias» en AA. VV. (Esther González Pillado y María José Carrazoni Fuertes, coords.), *III Jornadas sobre la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. La ejecución*, Ilustre Colegio de Procuradores de Vigo, 2003, págs. 305 a 357.
- *La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, La Ley, Madrid, 2005.
- «La ejecución de prestaciones no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil», en AA. VV. (Moreno Catena, Víctor, coord.), *La ejecución civil*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, págs. 260 a 344.
- ORTIZ DE ZÚÑIGA, Manuel, *Práctica general forense*, T. II, Madrid, 1856.
- *Elementos de práctica forense*, Granada, Imprenta y Librería de Sanz, Tomos I y II, 1841.
- *El libro de los alcaldes y Ayuntamientos*, Madrid, Imprenta de la Viuda de Jordán e Hijos, 1842 (2.ª edición, 1.ª de 1841 —dos tomos—).
- ORTIZ NAVACERRADA, Santiago, *La Oposición a la Ejecución Civil: Estudio Jurisprudencial*, Actualidad Editorial, Madrid, 1994.
- «La ejecución forzosa, dineraria y no dineraria, en el borrador de anteproyecto de nueva LEC», en *Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de LEC. Ponencias*, Murcia, 1997, págs. 427 a 444.
- PARDAL HERNÁNDEZ, María Yolanda y FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Silvia, *Incidencia de las resoluciones judiciales en el desalojo de vivienda*, Servicios de

- Publicaciones, Biblioteca, Decanato de los Juzgados-Madrid, Madrid, 1996.
- PARDO, Celestino, «Reivindicación del concepto de Derecho subjetivo», en AA. VV. (Alexy, Robert, *et alii*), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009 (2.<sup>a</sup> ed.; 1.<sup>a</sup> de 2007), págs. 371 a 404.
- PARDO IRANZO, Victoria, *Ejecución de sentencias por obligaciones de hacer y no hacer*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- PASTOR PALOMAR, Antonio, «El sistema europeo: El consejo de Europa (I)», en AA. VV. (Casadevante Romaní, Carlos Fernández, coord.), *Derecho internacional de los Derechos Humanos*, Dilex, Madrid, 2007, págs. 179 a 219.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*, Dykinson, Madrid, 1999 (Cuadernos «Bartolomé de las Casas», Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» y Universidad Carlos III de Madrid).
- «Reflexiones sobre los derechos sociales», en AA. VV. (Alexy, Robert, *et alii*), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009 (2.<sup>a</sup> ed.; 1.<sup>a</sup> de 2007), págs. 85 a 101.
- PEDRAZ PENALVA, «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», en Pedraz Penalva, *Constitución, jurisdicción y proceso*, Akal/Iure, Madrid, 1990.
- PEDREIRA LÓPEZ, Adela, *Emptio Tollit Locatum*, Edisofer, 1996.
- PEREIRA-MENAUT, Gerardo, *Topica. Principios de Derecho y Máximas Jurídicas Latinas*, Rasche, Alcobendas (Madrid), 2010.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, C. M., *La ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Comares, Granada, 2001.
- PEREDA GÁMEZ, Francisco Javier, «Ejecución de condenas de dar, hacer y no hacer y liquidación de títulos ejecutivos y ejecución de sentencias», en AA. VV., *Ejecución de Sentencias Civiles (II) La vía de apremio* (Pereda Gámez, dir. ), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, págs. 17 a 86.
- «La ejecución no dineraria en la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil (la mal llamada ejecución forzosa “específica”)», en AA. VV., *La ejecución civil* (Moreno Catena Victor, coord.), CGPJ, Madrid, 2004, (Estudios de derecho judicial núm. 53-2004), pags. 345-404.
- PÉREZ BORRAT, M. J., *Práctica procesal jurisdiccional. Práctica del proceso civil, Vol. II*, Civitas, Madrid, 2004
- PÉREZ OLLEROS, F. J., «Reforma del juicio verbal de desahucio», *Revista Jurídica La ley*, tomo 4, 2003.
- PÉREZ ARDA, Enrique, «Trascendencia de los Juicios de Desahucio», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1917, págs. 244 a 258.

- PÉREZ GURREA, Rosana, «Análisis jurisprudencial de los efectos que produce la ejecución hipotecaria sobre los arrendamientos posteriores a su Constitución», RCDI, núm. 695, Mayo-junio, 2006, págs. 1215 a 1221.
- «La resolución del derecho del arrendador en la ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos», RCDI, núm. 703, Sept-Oct. 2007, págs. 2340 a 2348.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín J., *Ley de Arrendamientos Urbanos. Su proyección procesal (Estudio doctrinal y jurisprudencial)*, Comares, Granada, 1997.
- *El desahucio arrendaticio urbano. Aspectos sustantivos y procesales. Su estudio doctrinal y jurisprudencial*, Forum, Oviedo, 1999.
- PÉREZ DEL BLANCO, Gilberto, *La ejecución no dineraria en la nueva LEC. (Condenas de hacer, no hacer y dar)*, Universidad de León, 2001.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Tecnos, Madrid, 2010 (10.<sup>a</sup> ed.)
- PERROT, Roger y THÉRY, Philippe, *Procédures Civiles d'exécution*, Dalloz, Paris, 2000.
- PICARDI, NICOLA, «“Audiatur et altera pars”. Le matrici storico-culturali del contraddittorio», *Rivista di Diritto Processuale*, n.º 1 (marzo, 2003), págs. 7 a 22.
- PICÓ I JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, 1997.
- «Los principios del nuevo proceso civil», en AA. VV., *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, volumen I, dijusa, Barcelona, 2000.
- «El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado», *Revista uruguaya de derecho procesal*, núm. 3, 2003, págs 399 a 408.
- PISARELLO PRADOS, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción : el derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria, Barcelona, 2003.
- *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.
- «El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales», *Revista Catalana de dret públic*, núm. 38 (número monográfico: *Dret a l'habitatge, urbanisme i cohesió social*), 2009, págs. 43 a 66; edición digital en: <http://dialnet.unirioja.es/>
- PONCE SOLÉ, Juli Y DOMENECH SIBINA, Tomás (Coords.), *El derecho de la vivienda en el Siglo XXI: Sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo. (Con un análisis específico de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, en su contexto español, europeo e internacional)*,

- Marcial Pons, Madrid, 2008.
- PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, Leonardo, «Correcciones al Derecho sobre ejecución forzosa de la Ley de Enjuiciamiento civil», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, segunda época, tomo XXIII, núm. 5 (1952), págs.513 a 549.
- *Trabajos y orientaciones de Derecho procesal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.
- *Tratado de Derecho procesal civil*, Aranzadi, Pamplona, 1982 (2 vols.)
- *Derecho procesal civil*, 4.<sup>a</sup> ed., Madrid, Tecnos, 1988, pág. 486.
- PRIETO CASTRO, Leonardo, *Tratado de Derecho procesal civil*, Tomos I y II, Aranzadi, Pamplona, 1982
- PRIETO TORANZO, María Jesús «El Secretario Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, núm. 5 (2000), pags. 157-182
- PRIETO TORANZO, María Jesús «El Secretario Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Ministerio de Justicia: Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, año 2000, núm. 5, pags. 157 a 182
- PROTO PISANI, Andrea, *Opposizione di terzo ordinaria (art. 404 1.º comma c.p.c.)*, Jovene, Nápoles, 1965.
- PRIETO SANCHÍS, L., «Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales», en AA. VV. (Alzaga Villamil, Oscar, ed.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, tomo IV, Madrid, 1984, págs. 463 y sigs.
- PUGLIATTI, Salvatore, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Giuffrè, Milán, 1935.
- PAZ RUBIO, José María, *Ley de Enjuiciamiento Civil Comentada y con Jurisprudencia*, 1<sup>a</sup> edición, La Ley-Actualidad, S.A. 2000.
- PULIDO QUECEDO, Manuel, «Ejecución de sentencia contencioso-administrativa y autorización judicial para entrada en domicilio», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, num. 17/1998. Edición electrónica en Internet Aranzadi West-Law, BIB 1998\1782.
- PUYOL MONTERO, J., «El procurador ante la ejecución procesal: algunos criterios prácticos», *Actualidad Civil*, núm. 4-22, 28 de enero de 1996.
- QUESADA GONZÁLEZ, María Corona, *La vivienda familiar arrendada*, CEDECS, Barcelona, 1998.
- RAMIRO PODETTI, J., *Tratado de las ejecuciones*, Ediar, Buenos Aires, 1997, (tercera edición ampliada y actualizada por Guerrero Leconte, Victor A.; primera edición de 1952; segunda edición de 1967).
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho y Proceso*, Librería Bosch, Barcelona, 1979.

- 
- *La anotación preventiva de demanda*, Librería Bosch, Barcelona, 1980
- *Derecho Procesal Civil*, Tomos I y II, J. M.<sup>a</sup> Bosch, Barcelona, 1992 (5.<sup>a</sup> ed.; 1.<sup>a</sup> de 1980).
- *Guía para una transición ordenada a la LEC*, J. M.<sup>a</sup> Bosch, Barcelona, 2000, págs
- *Enjuiciamiento Civil (Cómo gestionar los litigios civiles)*, Atelier, Barcelona, 2008, 2 tomos.
- RAIMÚNDEZ RODRÍGUEZ, Antonio, «Sobre el desahucio y otros procesos de arrendamientos», *Actualidad Civil*, núm. 28 (9 a 15 de julio de 2001), págs. 999 a 1023.
- RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987
- RAMOS NIETO, J., *Análisis de los arrendamientos urbanos desde la nueva ley 29/1994*, Colex, Madrid, 1996.
- RASI, Piero, «Esecuzione forzata. Diritto Intermedio», voz en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XV (Entr-Esto), Guiuffrè, 1966, págs. 431 a 448.
- RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio, «Tutela judicial efectiva e imposibilidad legal de ejecución de sentencias en materia de urbanismo», *Revista Aranzadi Doctrinal*, num. 3/2009. Edición electrónica en Internet en Aranzadi West-Law BIB 2009\570.
- REDONDO GARCÍA, Fernando, *La entrega de la posesión en los procedimientos de ejecución de inmuebles*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002.
- REYES MONTERREAL, «Notas a la Ley de Bases de Arrendamientos Urbanos», RGD, febrero 1956, pág 90 y sigs, marzo-abril 1956, pág. 186; mayo 1956, pág 346, y junio 1956, pág 434.
- RICO FERNÁNDEZ, Juan Antonio, «El Secretario Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales (Ministerio de Justicia: Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia)*, núm. 5 (2000), pags. 183-206.
- RÍOS SALMERÓN, «Ejecución forzosa: ejecución dineraria y no dineraria», en AA. VV., Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de LEC. Ponencias, Murcia, 1997, págs. 445-484.
- RIPOL CARULLA, S., *El sistema de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Atelier, Barcelona, 2007.
- RIVAS TORRALBA, R., *Aspectos Registrales del proceso de ejecución*, Madrid, 2001.
- *Anotaciones al Embargo*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1994.
- RIVES SEVA, J. M., *Los medios de impugnación de las resoluciones judiciales y el sistema de recursos en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Bosch, Barcelona, 2004.

- ROBLEDO VILLAR, Antonio, *La subasta judicial: el remate*, CEDECS, Madrid, 1998.
- ROBLES ACERA, Antonio «El Secretario Judicial como garante de los derechos e intereses de los ciudadanos reconocidos en el art. 24 de la Constitución Española», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, año 2001, núm. 6, pags. 75 a 122.
- ROBLES GARZÓN, Juan Antonio, «Ejecución por obligaciones de dar. Entrega de bienes inmuebles», en AA. VV. (Gutierrez-Alviz Conradi, Faustino, coord.), *Exposición de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, edición electrónica en Internet, (epígrafe 1180).
- RODERO LUNA, Begoña C., «Las disposiciones generales de la ejecución forzosa», en AA. VV., (Gutierrez-Alviz Conradi, Faustino, Coord.), *Exposición de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, edición electrónica en Internet.
- «Procedimiento de apremio», en *Estudios jurídicos. Cuerpo de secretarios judiciales 2002*, págs. 281<sup>a</sup> 335.
- RODRÍGUEZ TIRADO, Ana María, *Las funciones procesales del Secretario Judicial*, J.M. Bosch, Editor, Barcelona, 2001.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo, «Apunte urgente sobre la reforma del juicio de desahucio», *Jueces para la Democracia*, núm. 47 (julio 2003), págs. 22 a 25; también en *Revista General Informática de Derecho*, núm. 3 (agosto 2003) y en AA. VV. (Carranza Cantera, Francisco Javier, coord.), *Criterios Judiciales de aplicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, 2003-2004*, La Ley, Madrid, 2003, págs. 16 y 17.
- ROMÁN GARCÍA, Antonio, «Arrendamientos Urbanos y régimen jurídico de la vivienda», *RCDI*, núm. 691, Sept-Oct. 2005, págs. 1735 a 1745.
- ROSELL I GAIROLES, Teresa, «Los procedimientos arrendaticios», en AA. VV. (Picò i Junoy, Joan, coord.), *La aplicación judicial de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 2002, págs. 155 a 161.
- ROSENDE VILLAR, Cecilia, «Eficacia directa y refleja de la sentencia», *Revista de Derecho Procesal*, núms. 1 a 3 (2002), págs. 439 a 479.
- ROYO GARCÍA, J. Guillermo, «La subasta de bienes inmuebles: especialidades en la ejecución de bienes hipotecados o pignorados en la nueva LEC», en *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales. Presupuestos, actos procesales, recursos y ejecución en la LEC 1/2000. Ejecución forzosa y medidas cautelares en la LEC 1/2000. Recursos y ejecución provisional en la LEC 1/2000*. T. III, 2001.
- RUBIO LARA, J., «La Ley de Enjuiciamiento Civil del siglo XXI. Antecedentes y perspectivas», *RGD*, núm. 668, mayo, 2000 (año LVI).

- RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Lourdes, «Ejecución dineraria o vía de apremio», en AA. VV., *La Ejecución provisional, la ejecución de títulos extrajudiciales y la ejecución de sentencias de la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, págs 109 a 134.
- RUIZ VILLANUEVA, Natalia, *La nueva regulación de arrendamiento y desahucio. Ley 19/2009 de fomento del alquiler*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- S. A. «The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights», *Human Rights Quarterly*, Vol. 9 (1987), págs. 122-135; *Review of the International Commission of Jurists*, núm. 37, diciembre 1986, págs. 43
- SAAVEDRA GALLO, Pablo, «Sistema de Garantías», en AA. VV. (Saavedra Gallo, coord.), *Sistema de Garantías Procesales*, DIJUSA, Madrid, 2008, págs. 19 a 41.
- SABATER MARTÍN, A., en AA. VV., (Suarez Robledano, dir.), *La ejecución provisional, la ejecución de títulos extrajudiciales y la ejecución de sentencias de la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003 (Cuadernos de Derecho Judicial XIV-2001), págs. 87 a 106.
- SABATER I SABATÉ, Josep María, «Primeros conflictos, problemas y dudas en la ejecución de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil», en *Estudios sobre la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil*, Consejo General del Poder Judicial-Generalitat de Catalunya, (Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada), s.l., 2003, págs. 257 a 288.
- SALINAS MOLINA, Fernando, «Lo contencioso en la ejecución: cuestiones incidentales y oposición», en AA. VV., *Puntos críticos en ejecución de sentencias*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, págs. 99 a 154.
- «Ejecución por obligaciones de entrega de bienes inmuebles», en AA.VV., *El Proceso Civil*, volumen VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, edición electrónica en Internet (epígrafe 952).
- «Ejecución no dineraria: embargo de garantía y caución sustitutoria», en AA.VV., *El Proceso Civil*, volumen VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, edición digital (epígrafe 949).
- «Ejecución por obligación de entrega de bienes inmuebles: ocupantes de inmuebles que deban entregarse», en AA.VV., *El Proceso Civil*, volumen VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, edición electrónica en Internet.
- «Subasta de bienes inmuebles: arrendatarios y ocupantes de hecho», en AA.VV., en AA.VV., *El Proceso Civil*, vol VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, edición electrónica en Internet (epígrafe 909).
- «Subasta de bienes inmuebles: posesión judicial y ocupantes del inmueble»



- [comentario al art. 675], en AA.VV., *El Proceso Civil*, volumen VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, edición electrónica en Internet (epígrafe 923)
- «Ejecución por obligación de entrega de bienes inmuebles», en AA.VV., *El Proceso Civil*, volumen VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, edición electrónica en Internet (epígrafe 952) (comentario a los arts. 703 y 704).
- SALINERO ROMÁN, Francisco, «Comentario al art. 562», en *Comentarios a la nueva LEC*, Lex Nova, Valladolid, 2003, págs 2768-2770.
- SALCEDO BELTRÁN, «Ejecución por obligación de entrega de bienes inmuebles», en AA.VV., *El Proceso Civil*, Tomo VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, edición electrónica en Internet (drop\_1506, epígrafe 952).
- SALVIA, «Riflessioni in tema di esecuzione civile ed equo processo nel quadro dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo», *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1993, págs. 15 y sigs.
- SAMANES ARA, Carmen., «Las pretensiones procesales basadas en la falta de pago de las rentas de arrendamientos urbanos y la LEC de 2000. Referencia especial a las modificaciones introducidas por la Disposición Final Tercera de la Ley 23/2003, de 10 de julio», *Revista Jurídica La ley*, año XXIV, núm. 5853, de 19 de septiembre de 2003 (tomo 4, 2003).
- SÁNCER PELEGRINA, J.A., «Procedimiento de liquidación de daños y perjuicios, frutos y rentas y rendición de cuentas a la luz de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Tribunales de Justicia*, núm. 3, 2003, págs. 31-41.
- SANCHEZ GOYANES, Enrique «Antecedentes parlamentarios de la nueva Ley», en AA.VV., *Ley de Arrendamientos Urbanos*, Paraninfo, Madrid, 1995, págs 21 a 47.
- «Procesos arrendaticios», en AA. VV., *Ley de Arrendamientos Urbanos*, Paraninfo, Madrid, 1995, págs 241-257.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz, *La privación del uso de la vivienda como sanción en la Ley de Propiedad Horizontal*, Revista de Derecho Patrimonial, núm. 4/2000, págs. 111 a 124.;
- SÁNCHEZ RIVERA, Pedro, «La ejecución no pecuniaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)», en *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales (Ejemplar dedicado a: Ley de Enjuiciamiento Civil (II))*, núm. 6, 2000, págs. 773 a 798.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Ricardo, «La ejecución no dineraria en la LEC 1/2000», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, núm. 6 (Ley de Enjuiciamiento Civil II), 2000, págs. 703 a 734.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Ricardo, «La ejecución no dineraria en la LEC 1/2000», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, año 2000, núm. 6, págs. 703 a 734.
- SANTAMARÍA, V., *El desahucio en el estado actual del derecho Civil de España*,

- Imprenta de Luis de Tasso y Serra, Barcelona, 1882.
- SANTOS MARTÍNEZ, Albert María, «Problemática en torno al señalamiento anticipado del lanzamiento en el juicio de desahucio de finca urbana por falta de pago», *Justicia: Revista de derecho procesal*, núm. 3-4/2007, noviembre 2007, págs. 227 a 232.
- *La ejecución del desahucio de vivienda*, Bosch, Barcelona, 2009.
- SANTOS REQUENA, Agustín Alejandro, *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio*, Granada, Comares, 1998
- SANZ MORÁN, Alberto, «Cuestiones prácticas sobre los nuevos procedimientos de familia, de incapacidad y de filiación», en AA. VV. (Carranza Cantera, Francisco Javier —coord.—), *Criterios Judiciales de aplicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. 2003-2004*, La Ley, Madrid, 2003, págs. 359 a 398.
- SARAZÁ JIMENA, R., «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de Arrendamientos y los “juicios rápidos civiles”: legislando para la galería», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 629, 2004, edición digital.
- SCHONKE, *Derecho Procesal Civil* (traducción de Prieto Castro), Barcelona, 1950.
- SCHEININ, Martin, «Justiciability and the Indivisibility of Human Rights», en AA. VV. (Squires, John; Langford, Malcolm; Thiele, Bret, eds.), *The Road To A Remedy: Current Issues in the Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*, Australian Human Rights Centre, The University of New South Wales, Centre on Housing Rights and Evictions, 2005.
- SHAW MORCILLO, Luis, «La Administración Concursal», en AA. VV., (Enrique Sanjuán y Muñoz, coord.), *Competencias de los Juzgados de lo Mercantil. Competencias en materia concursal y “competencias añadidas” mercantiles. (Sociedades, competencia, publicidad, transporte, propiedad industrial, propiedad intelectual, etc.)*, Tirant lo Blanch, Valencia 2008, págs. 1025 a 1162.
- SELVA RAMOS, J., «Plazos para desalojar la vivienda o local de negocio, según la Ley de Arrendamientos Urbanos (arts. 143 y 144) y algunos problemas que plantean», RDP, núm. 2 (1965), págs. 421 a 425.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Juicio ejecutivo», voz en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. VIII, Seix, Barcelona, 1956; (tb. en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, págs. 530 y sigs.)
- *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969 (contienen 44 trabajos elaborados desde el año 1961).
- «Evolución histórica y evoluciones modernas del concepto de acción», *Revista de Derecho Procesal*, 1968, tomo III, págs. 35 a 92 (contenido en *Jurisdicción, acción y proceso*, págs. 181 a 229).
- «Notas sobre los procesos judiciales arrendaticios en la nueva ley», *Economist*

- & *Jurist*, núm. 15, julio-septiembre de 1995, págs. 88 y sigs.
- *Jurisdicción, acción y proceso*, Atelier, Barcelona, 2008 (trabajos originales de 1967 contenidos en los Estudios de Derecho Procesal, y de 1989).
- SERRANO ESPINOSA, G.M., «Ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de familia. Proyección necesaria para la prevención de la violencia de género», en *Revista Jurídica La ley*, núm. 5726, 25 febrero 2003.
- SATTA, Salvatore, *Diritto Processuale Civile*, CEDAM, Padua, 1948.
- *L'esecuzione forzata*, 3.<sup>a</sup> ed., UTET, Turín, 1954,
- SEGOVIANO ASTABURUAGA, María Luisa, «art. 538», en AA. VV. (Lorca Navarrete coord.), *Comentarios a la Nueva LEC*, tomo III, Lex nova, Valladolid, 2000, págs. 2521-2331.
- «Del tribunal competente y del despacho de la ejecución», en AA. VV. (Lorca Navarrete coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 2646-2746.
- SENES MOTILLA, Carmen, *Disposiciones Generales. La ejecución forzosa*, La Ley, Madrid, 2000.
- «La oposición a la ejecución forzosa», en Moreno Catena (dir.), *La ejecución civil*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, págs 879 a 908.
- SILVA MELERO, «Ejecución procesal», voz en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, tomo VIII, 1956.
- SOTO NIETO, Francisco, «Consecuencias sustantivas y procesales de las modificaciones llevadas a efecto en el capítulo I de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *RGD*, 1956, núm. 145, págs 784 a
- SOLCHAGA LOITEGUI, Jesús, *El procedimiento de apremio sobre inmuebles*, Aranzadi, Pamplona, 1986.
- «Derecho a la tutela judicial efectiva y ejecución singular civil», en AA. VV., *Ejecución de sentencias civiles*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, págs. 15 a 46.
- SOLER PASCUAL, Luis Antonio, «Los procedimientos especiales», *Práctica de Tribunales*, núm. 73, Sección Estudios, julio-agosto 2010; también en *Diario La Ley*, Sección Tribuna, núm. 5641, 2010.
- SOLIDORO, LAURA, *Problemi di storia sociale nell'elaborazione giuridica romana, appunti dalle lezioni, seconda edizione*, Jovene, Nápoles, 1996.
- SUÁREZ ROBLEDANO, José Manuel, «El embargo y los terceros ocupantes», en *La Ejecución provisional, la ejecución de títulos extrajudiciales y la ejecución de sentencias de la nueva ley de enjuiciamiento civil*, (Cuadernos de Derecho Judicial XIV-2001), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, págs. 135 a 172.
- SUAREZ-QUIÑONES FERNÁNDEZ, Juan Carlos, «Cuestiones de ejecución», en AA. VV.

- (Carranza Cantera, Francisco Javier —coord.—), *Criterios Judiciales de aplicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. 2003-2004*, La Ley, Madrid, 2003, págs. 233 a 296.
- TALMA Charles, *La anotación preventiva de embargo como privilegio crediticio*, Madrid, 2001
- TAPIA, Eugenio, *Febrero Novísimo o Librería de Jueces abogados y escribanos, refundida, ordenada bajo nuevo método, y adicionada con un tratado del juicio criminal, y algunos otros por don Eugenio Tapia*, Tomo Tercero, Imprenta de Ildefonso Mompie, Valencia, 1828.
- TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, *Las condenas no pecuniarias, (ejecución de sentencias de dar, hacer y no hacer)*, Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, Palma de Mallorca, 1982 (Serie Ensayos-3).
- TARUFFO, Michele, «Leyendo a Ferrajoli: Consideraciones sobre la Jurisdicción», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31 (2008), págs. 383-392
- TARZIA, Giuseppe, *Esecuzione forzata e procedure concorsuali*, CEDAM, Padua, 1994.
- «Il giusto processo di esecuzione», *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 2, abril 2002, págs. 329 a 350.
- TÉLLEZ LAPEIRA, Antonio, Rojo Arnau, José Vicente, *Comentarios Prácticos a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 1ª edición, Editorial Práctica de Derecho 2000.
- TOMÁS OGAYAR Y AYLLÓN, «Exposición sistemática de la Nueva Ley de Inquilinato», RGLJ, 1947, tomo 181, tomo XIII, segunda época, págs 597-636.
- «Las nuevas orientaciones en el régimen económico-jurídico de la propiedad rústica y las nuevas normas de la Ley de 23 de julio de 1942», RGLJ, Segunda época, núm. 3, sept. 1942, (págs. 225 a 280) (Tomo IV, 172 de la colección).
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, «Estudio histórico jurídico del proceso monitorio», *Revista de Derecho Procesal* (publicación Iberoamericana y Filipina), Segunda época, núm. 1 (1960), págs. 39 a 132.
- TOMÉ PAULE, «Entresijos y defectos del derecho de ejecución», *X reunión de profesores de Derecho procesal de Universidades españolas, El sistema de recursos. Perfeccionamiento del derecho de ejecución singular*, Santiago de Compostela, 1977, págs. 107 y sigs.
- TORRES LÓPEZ, Alberto, *Los juicios de desahucio: 100 preguntas y respuestas*, Sepin, Madrid, 2007.
- TOSI, R., *Dizionario delle sentenze latine e greche*, 9.ª ed., Milan, 1998.
- TRIGO SIERRA, Eduardo y Pérez -Pujazón, Encarnación, «Cuestiones procesales prácticas relativas al juicio de desahucio por impago de rentas», *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, núm. 15, septiembre 2006, págs. 44 a 63.

- TRILLA, C., *La política de vivienda desde una perspectiva comparada*, Colección de Estudios Sociales, n.º 9, La Caixa, Barcelona, 2001.
- UCEDA OJEDA, Juan Lucas «Especialidades de la ejecución hipotecaria», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, núm. 2, 2002, págs. 161 a 204.
- «Comentario al artículo 675», en AA. VV. (Cordón Moreno; Armenta Deu; Muerza Esparza y Tapia Fernández, coords.), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, volumen II, Aranzadi, Navarra, 2001.
- «Comentario al artículo 661», en AA. VV. (Cordón Moreno; Armenta Deu; Muerza Esparza y Tapia Fernández, coords.), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, volumen II, Aranzadi, Navarra, 2001.
- VALLESPÍN PÉREZ, «La regulación de la ejecución forzosa “no dineraria” en el Anteproyecto de LEC», en *Presente y futuro del proceso civil* (Picó i Junoy, Joan, coord.), J. M.ª Bosch editor, Barcelona, 1998, págs. 600 a 616.
- «De la ejecución no dineraria —Comentario a los artículos 699 a 720—», en AA. VV. (Gómez de Liaño González, Fernando, coord.), *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)*, Forum, Oviedo, 2000, págs. 806-820.
- «Ejecución no dineraria: liquidación de daños y perjuicios, frutos y rentas y rendición de cuentas», en AA. VV. (Alonso-Cuevillas Sayrol, coord.), *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, volumen III, DIJUSA, Barcelona, 2000, 515 a 537.
- «El juicio verbal “auténtico” y los procesos sumarios en el marco de la nueva LEC», *Revista Justicia*, núms. 2-3-4, 2000, págs. 271 y sigs.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, María del Rosario, «La protección de la familia en la ley de arrendamientos urbanos», *Revista Jurídica de Cataluña*, Barcelona, 1996, año XCV, núm. 4, págs. 9 a 30.
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos, *Sobre la estructura de la obligación*, Universidad de Palma de Mallorca, Palma de Mallorca, 1980,
- VELÁZQUEZ MARTÍN, María Angeles, *La ejecución provisional en el proceso civil: en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Dykinson, Madrid, 2003.
- VENDRELL FERRER, E., «La vivienda familiar y su protección. Comentario a la STC de 31 de octubre de 1986», *RJC*, 1987.
- VENDRELL SANTIVERI, Enrique, «El lanzamiento tras la reforma de la ley 19/2009, de 23 de noviembre (la ley 20600/2009), de medidas de fomento del alquiler», *Práctica de Tribunales*, núm. 71, mayo 2010, sección “Estudios”.
- VENTURA-TRAVERSESET, A., *Derecho de Propiedad Horizontal*, Barcelona, 2.000.
- VERDERA SERVER, Rafael, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1995.
- VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos*

- judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento, con sus correspondientes formularios*, Madrid, 1956, T. III.
- VIDAL GIL, E. J., *Los derechos de solidaridad en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- VOCI, PASCUALE, «Esecuzione Forzata. Diritto Romano», voz en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XV (Entr-Esto), Guiuffrè, 1966, págs. 422 a 431.
- VILA RODRÍGUEZ, José Pedro, «El Procurador ante los actos de comunicación en la Ley 1/2000», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, núm. 5, 2000, pags. 377-412
- VILLENA CORTÉS, Francisco de Borja, «Los procesos arrendaticios e interdictales: algunos problemas prácticos», en AA. VV. (coord. Picò i Junoy, Joan), *La aplicación judicial de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2002, págs. 125 a 153.
- YESSIOU-FALTSI, P., «Le droit de l'exécution selon la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme: Analyse et Prospective», en AA. VV. (Normand, Jacques y Isnard, Jacques), *Nouveaux droits dans un nouvel espace européen de justice: Le droit processuel et le droit de l'exécution*, Editions Juridiques et techniques, Paris, 2002.
- YUBERO MARTÍNEZ, T., «Ejecución de sentencias en el juicio de desahucio: lanzamiento», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, núm. 5, 2000, pags. 377 a 412.
- YÚFERA SALES, P. L., *Arrendamientos Urbanos*, Bosch, Barcelona, 2000.

