

Los mecanismos de satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida del objeto, y la enervación del desahucio, para poner fin al proceso de forma anticipada

Susana SAN CRISTÓBAL REALES
Universidad Antonio de Nebrija
Madrid

Resumen: Este artículo analiza los mecanismos de satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida del objeto, y la enervación del desahucio, para poner fin al proceso de forma anticipada, conforme a las últimas reformas por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, Ley 19/ 2009, de 23 de noviembre, y Ley 37/2011, de 10 de octubre.

Abstract: This article analyzes the mechanisms of satisfaction extraprocésal or sudden lack of the object, and the enervacion of eviction, to end the process early, according to the latest attended by Law 13/2009, November 3, Law 19/2009, of November 23 and Law 37/2011, of October 10.

Palabras clave: satisfacción extraprocésal, enervación

Keywords: satisfaction extraprocésal, enervacion of eviction

Sumario:

- I. Introducción.**
- II. La satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida del objeto.**
 - 2.1. *Concepto.*
 - 2.2. *Clases.*
 - 2.3. *Requisitos Objetivos.*
 - 2.4. *Requisitos Subjetivos.*

- 2.5. *Requisitos Temporales.*
- 2.6. *Procedimiento.*
- 2.7. *Eficacia del decreto del secretario judicial o del auto judicial poniendo fin al proceso.*
- 2.8. *Costas.*

III. La enervación del desahucio.

- 3.1. *Concepto y fundamento.*
- 3.2. *Plazo de ejercicio de la enervación.*
- 3.3. *Cuantía de la enervación.*
- 3.4. *Forma de realizar la enervación.*
- 3.5. *Supuestos en los que no cabe la enervación.*
- 3.6. *Costas en caso de enervación.*

Recibido: noviembre de 2011.

Aceptado: enero de 2011.

I. INTRODUCCIÓN

El principio dispositivo que rige, con carácter general, en nuestro ordenamiento jurídico procesal civil, faculta a los litigantes a disponer del proceso o de su objeto, poniendo fin a aquél de forma anticipada.

La disponibilidad vincula tanto al órgano judicial, como a las partes, porque los principios de rogación y congruencia, que emanan del dispositivo, obligan a aquél a pronunciarse sólo sobre lo pedido por éstas.

Dentro de las facultades de disposición de las partes (previstas en los artículos 19 a 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC)), el artículo 22 de la citada ley, se refiere a tres formas de disposición sobre el objeto del proceso para ponerlo fin de manera anticipada: la satisfacción extraprocésal, la carencia sobrevenida del objeto(que fueron introducidas de forma novedosa en la LEC actual), y la enervación del desahucio.

Estos mecanismos han sufrido varias reformas, las últimas por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la ley procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, por 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 por Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización procesal, que han modificado sus contenidos y eficacia, lo que motiva su análisis en el presente trabajo.

La satisfacción extraprocésal implica que el actor ha obtenido lo que pretendía después de iniciado el proceso y fuera del mismo, es decir, el demandado cumple con lo pretendido por el actor, al margen del proceso. La carencia sobrevenida del objeto, supone que el proceso deja de tener objeto por circunstancias sobrevenidas, dándose cabida a aquellos casos en que el proceso pierde su sentido, como por ejemplo en los supuestos de muerte del demandado en procesos de divorcio o incapacidad, el supuesto previsto en el artículo 115.3 de la LSA, etc¹.

¹ Hay muchas circunstancias que pueden dar lugar a la carencia sobrevenida del objeto, otros ejemplos pueden ser, el abandono voluntario del local o vivienda objeto del procedimiento de desahucio; la pérdida o destrucción absoluta de la cosa reivindicada, etc.

El supuesto especial de enervación del desahucio, implica que el demandado ha utilizado la posibilidad legal de enervar por una vez la acción de desahucio por falta de pago de la renta, u otras cantidades debidas, lo que también priva de objeto a ese proceso. Evidentemente, la satisfacción extraprocésal constituye un caso particular y especial de carencia sobrevenida del objeto, y por ello el legislador establece para ambos supuestos la misma tramitación procesal, no así al tercero de ellos, que analizaremos por separado.

La pérdida de objeto en los tres supuestos mencionados son una excepción al principio “*ut lite pendente nihil innovetur*”, pues permiten que, de modo excepcional, se tomen en cuenta actuaciones posteriores al inicio del proceso para ponerle fin (art. 413 LEC).

II. LA SATISFACCIÓN EXTRAPROCESAL O CARENCIA SOBREVENIDA DEL OBJETO

2.1. *Concepto*

La satisfacción extraprocésal, y el resto de los supuestos de carencia sobrevenida del objeto, constituyen mecanismos de terminación anticipada del proceso. Se utilizan cuando iniciado el proceso, sobreviene fuera del mismo, determinadas circunstancias que hacen desaparecer su objeto, y en consecuencia, deja de existir un verdadero conflicto entre partes, siendo innecesaria y contraria al interés general la tutela judicial. Su existencia se remonta a las instituciones Justinianeas del Derecho Romano. Por tanto, su finalidad es poner fin al proceso, cuando por circunstancias sobrevenidas a la demanda o a la reconvenición en su caso, dejare de haber interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, porque se hayan satisfecho fuera del proceso las pretensiones del actor, y en su caso, del demandado reconviniente, o por cualquier otra causa².

Para utilizar estos mecanismos, es necesario que exista plena identidad entre las pretensiones contenidas en el petitum de la demanda y el hecho, acto, o negocio jurídico motivador de la satisfacción extraprocésal. Sin embargo, no hay unanimidad en los tribunales respecto a la inclusión o no de las costas procesales dentro de las pretensiones del petitum de la demanda. La mayoría

² Por tanto, la inactividad de la parte no se puede considerar como falta de interés en obtener la tutela judicial pretendida. En este sentido, la Audiencia Provincial de León, Sección 1ª, Auto de 13 Feb. 2009 (LA LEY 26731/2009), considera que “la pasividad de la parte tiene como única sanción la caducidad de la instancia (artículo 237 LEC), pero de ella no se puede inferir desistimiento o renuncia a la acción o satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida del objeto”.

de la jurisprudencia³, entiende por satisfacción extraprocésal, que el demandante o demandado reconvincente, haya conseguido todas las pretensiones sustantivas contenidas en su demanda. Por tanto, el pago de las costas procesales no es incluíble entre las pretensiones a satisfacer para valorar la satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida de interés legítimo, y que opere lo dispuesto en el apartado primero del artículo 22 LEC.

Consideran que no hay que incluir el pago de las costas, puesto que éstas son el efecto de la estimación o desestimación de la pretensión de fondo. Las costas procesales son un crédito subordinado al proceso que se promueve para ejercitar unas pretensiones principales, y nacerá como consecuencia del proceso, siempre que se den los requisitos procesales exigidos en los arts. 394 y 395 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Argumentan por analogía con el allanamiento total, previsto en el artículo 21.1 LEC, que la no imposición de costas al demandado (art. 395 LEC), se refiere a todas las pretensiones sustantivas del actor, que son objeto de la acción ejercitada, pero no a la pretensión de condena en costas.

Ahora bien, el problema se plantea cuando la satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida del objeto tiene lugar al final del proceso e incluso en fase de recurso para evitar la condena en costas del demandado por aplicación del artículo 22.1 LEC, lo que puede dar lugar a situaciones injustas. Por ello, otros tribunales⁴, consideran que la satisfacción extraprocésal no solo incluye las pretensiones sustantivas de la demanda o reconvencción, sino también las costas procesales devengadas hasta ese momento por el demandante o demandado reconvincente, si se solicitaron en el suplico de aquellos escritos.

Para estos tribunales si no se interpreta de esta manera la satisfacción extraprocésal, se podrían dar situaciones injustas para el actor. Algunos demandados, ante la exención de las costas, una vez iniciado el proceso con la presentación de la demanda, cumplirían las pretensiones del actor, para que el Secretario decretare la terminación del proceso por satisfacción extraprocésal y no tener que pagar las costas procesales.

Consideran, que el legislador ha establecido en la satisfacción extraprocésal del interés litigioso, una transacción extrajudicial que pone fin al pleito de

³ Así, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5ª, Sentencia de 23 Nov. 2009, (LA LEY 302546/2009); Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, Sentencia de 22 Ene. 2009, (LA LEY 81978/2009); AP de Segovia, ST de 5 de nov 2010 (LALEY 247380/2010).

⁴ En este sentido, entre otras, Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2ª, Auto de 7 Jun. 2007, (LA LEY 327045/2007).

forma total y definitiva, en todos los aspectos, sin que ninguna de las partes tenga nada más que exigir a la otra dentro del proceso, ni siquiera en lo referente a las costas⁵.

2.2. *Clases*

La terminación del proceso por satisfacción extraprocetal o carencia sobrevenida del objeto, exige que se satisfagan, extraprocetamente en su totalidad, las pretensiones del actor. Ahora bien, como hemos expuesto anteriormente, no hay unanimidad en la doctrinal y jurisprudencia respecto a la inclusión o no de las costas como una pretensión más a cumplir en caso de haberse solicitado en el petitum de la demanda, aunque el criterio mayoritario no las incluye.

La Ley procesal no regula la carencia parcial sobrevenida del objeto, a diferencia del allanamiento, desistimiento, transacción⁶. Sin embargo en caso de acumulación de acciones en la demanda si es posible una carencia parcial referida a alguna o algunas de las pretensiones.

2.3. *Requisitos Objetivos*

Como hemos indicado anteriormente no es lo mismo exactamente la satisfacción extraprocetal de lo solicitado en la demanda, que es una transacción extrajudicial, que la carencia sobrevenida del interés legítimo, que se puede producir por falta de objeto procesal por múltiples causas.

La carencia sobrevenida del interés legítimo, puede producirse en todo tipo de procesos, incluso aunque se trate de materia no disponible. Por ejemplo, en un proceso de divorcio o incapacidad, cuando se produce la muerte de la otra parte. La satisfacción extraprocetal, al constituir una transacción extraprocetal, solo es posible cuando la materia sea disponible.

2.4. *Requisitos Subjetivos*

El incidente por el que se puede poner fin al proceso por satisfacción extraprocetal o carencia sobrevenida del objeto, en general, será propuesto por

⁵ En este sentido, Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7ª, Auto de 9 Feb. 2009 (LA LEY 96366/2009).

⁶ En este sentido, Vid. Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8ª, Sentencia de 1 Feb. 2011, (LA LEY 43996/2011).

las partes procesales, quienes deben poner de manifiesto las circunstancias sobrevenidas que pudieran hacer desaparecer el interés litigioso o el objeto del proceso (artículo 22.1 LEC). No obstante, este incidente también puede instarse de oficio, pues seguir adelante un proceso sin objeto, es contrario a las normas procesales que son de orden público, y por tanto no queda a disposición de las partes continuarlo, cuando no exista un legítimo interés para ello⁷.

En cualquier caso, tanto si la carencia sobrevenida se pone de manifiesto a instancia de parte, como de oficio, el secretario judicial, ha de dar necesariamente audiencia a las partes para comprobar si subsiste o no el interés legítimo. Si hay acuerdo de las partes, se excluye el pronunciamiento judicial sobre la subsistencia o no de interés legítimo, y dicta un decreto poniendo fin al proceso. En caso contrario, ha de convocar a las partes ante el juez, para que éste se pronuncie sobre si puede continuar o no el proceso, decisión que depende exclusivamente de principios de orden público, y no de la voluntad de las partes⁸.

Por tanto, se requiere el consentimiento de ambas partes para la terminación anticipada del procedimiento por decreto del secretario judicial, sin que proceda condena en costas. De lo anterior, se deduce que es incompatible, este mecanismo de terminación anticipada del proceso, con la rebeldía procesal⁹. La satisfacción extraprocésal, por tanto, es bilateral o multilateral (cuando hay litisconsorcio) siendo necesaria la plena conformidad de todos los que son parte en el litigio para su eficacia.

2.5. Requisitos Temporales

La carencia sobrevenida del objeto, requiere que la satisfacción ocurra con posterioridad a la demanda, o demanda reconvenzional, y con anterioridad a que se dicte sentencia en primera instancia, y que se produzca fuera del proceso. También es posible antes de la resolución de los recursos y en ejecución. Por tanto, es aplicable tanto al proceso declarativo, como al de ejecución.

Dentro del proceso declarativo, cabe la satisfacción extraprocésal en todo tipo de recursos, incluidos la infracción procesal y la casación (a diferencia

⁷ En este sentido, Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18ª, Sentencia de 30 Abr. 2008, (LA LEY 84704/2008).

⁸ En este sentido, Vid. Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª, Auto de 6 Feb. 2009 (LA LEY 24909/2009).

⁹ En este sentido, Vid. Audiencia Provincial de Albacete, Sección 2ª, Sentencia de 20 Jul. 2011 (LA LEY 146297/2011).

de la renuncia y el allanamiento). Ahora bien, el archivo del recurso determina la pérdida de los depósitos constituidos, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial¹⁰.

Respecto a la fase de ejecución, hay que tener en cuenta que el archivo definitivo de las actuaciones de la ejecución forzosa, se puede producir por carencia sobrevenida del objeto o satisfacción extraprosesal.

Ahora bien, el artículo 570 LEC, exige para ello, la completa satisfacción del acreedor ejecutante, pues solo cuando tenga lugar la completa satisfacción de éste, terminará la ejecución forzosa, acordándose por Decreto del secretario judicial el final de la ejecución, contra el cual podrá interponerse recurso directo de revisión. Por lo anterior, algún tribunal¹¹, cuando la satisfacción se refiere a todas las pretensiones ejercitadas en la ejecución, considera que habría que aplicar el artículo 570 LEC, y no el artículo 22 de la LEC.

2.6. *Procedimiento*

Una vez producido el hecho determinante de la satisfacción extrajudicial o la carencia sobrevenida del objeto, cualquiera de las partes podrá ponerlo de manifiesto ante el tribunal que conozca del proceso, mediante escrito en el que se relate el hecho determinante de la pérdida de interés en la tutela judicial pretendida y su relación con el objeto del proceso. También el juez de oficio podría promover este incidente, cuando conste en autos la satisfacción extraprosesal o carencia sobrevenida del objeto. Posteriormente se da traslado de dicho escrito al resto de los litigantes, y si hubiere acuerdo de las partes, el secretario judicial dictará un decreto poniendo fin al proceso.

Por el contrario, si alguna de las partes se opusiera expresamente a la solicitud de finalización del proceso por satisfacción extrajudicial o carencia sobrevenida del objeto, y sostuviere la subsistencia de interés legítimo en la tutela judicial pretendida y niega que tales acontecimientos se hayan producido

¹⁰ En este sentido, vid. Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 26 (LA LEY 37654/2011)

¹¹ En este sentido, la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1ª, Auto de 3 Sep. 2007, (LA LEY 194556/2007), “considera que si durante el proceso de ejecución se producen actos que supongan la satisfacción objetiva del ejecutante, consiguiendo mediante ellos, lo mismo que si la ejecución iniciada hubiera tenido pleno éxito, habría que aplicar el artículo 570 LEC y no el artículo 22 LEC, relativo a la satisfacción extraprosesal”.

efectivamente, el secretario convocará a las partes a una comparecencia, en el plazo de diez días, que tendrá como único objeto oír a las partes acerca de si, a juicio de las mismas, se ha producido o no la pérdida del interés en la continuación del proceso.

La oposición va a depender del concepto de “satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida del proceso” que se acoja. Si consideramos, como hace la mayoría de la jurisprudencia, que la carencia sobrevenida del objeto se produce cuando se han cumplido todas las pretensiones sustantivas de la demanda, sin incluir las costas, la oposición solo puede tener como fundamento que, contrariamente a lo que alega la otra parte, subsiste un interés legítimo en que se dicte resolución de fondo o no se ha producido la carencia sobrevenida del objeto¹². Por tanto, si no se alega alguna de estas dos circunstancias no habrá disconformidad de las partes y se dictará un decreto poniendo fin al proceso, sin pronunciamiento sobre costas.

Si por el contrario, se estima que entre los requisitos objetivos de la satisfacción extraprocesal hay que incluir no solo las pretensiones sustantivas sino las costas procesales producidas hasta ese momento, la parte puede solicitar en la oposición la continuación del proceso por las costas ya causadas en el proceso. Este concepto amplio de satisfacción procesal evita que la aplicación indiscriminada del artículo 22.1 LEC pueda dar lugar a situaciones injustas y de abuso de derecho por parte del demandado, en los supuestos de pago o cumplimiento realizado cuando el juicio esté muy avanzado y tras haber hecho oposición el demandado, como mecanismo para evitar una eventual condena en costas, o cuando se hace valer en fase de recurso.

Los tribunales que siguen un concepto amplio¹³, consideran que el legislador ha podido tener presente únicamente la satisfacción extraprocesal al iniciarse el proceso. Por ello, consideran que para resolver la oposición debe tenerse en cuenta el momento en que se produce la terminación del proceso, valorándose la conducta del demandado con anterioridad al inicio del proceso, de forma análoga al allanamiento.

Para ello, hay que analizar si ha habido o no requerimiento extraprocesal para el cumplimiento de la obligación que posteriormente se ha tenido que

¹² En este sentido entre otras, la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5ª, Auto de 18 Jul. 2008, (LA LEY 205173/2008).

¹³ En este sentido, la Audiencia Provincial de La Rioja, Sentencia de 26 Oct. 2009 (LA LEY 219655/2009); AP de Les Illes Balears, Sección 5ª, Sentencia de 6 Abr. 2009, (LA LEY 76776/2009); AP, sección 4ª de las Palmas, Sentencia de 20 May. 2009 (LA LEY 115907/2009).

reclamar en juicio al haberse desatendido. Además hay que contrastar la homogeneidad de lo pedido en el pleito por el actor con lo reclamado por él extraprocesalmente.

A los razonamientos anteriores, estos tribunales, añaden el propio tenor literal del art. 22,2 de la LEC, que permite que la subsistencia de un interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida se funde no sólo en que no se haya dado satisfacción extraprocesal a sus pretensiones, sino también en “otros argumentos”, como pueden ser el abuso del derecho o la mala fe procesal, aplicándose de manera análoga lo dispuesto en el art. 395 de la LEC, relativo a la condena en costas cuando hay allanamiento hecho con mala fe. Para estos tribunales, la satisfacción extraprocesal de la pretensión por quien ya fue requerido y no cumplió con la pretensión antes de presentarse la demanda es un supuesto similar al del allanamiento con satisfacción de la pretensión¹⁴.

Sólo podrá acordarse la terminación del proceso cuando haya oposición por parte de uno de los litigantes en el caso de que la alegación de subsistencia del interés legítimo resulte notoriamente infundada, debiendo, en caso de duda, acordarse la continuación del procedimiento¹⁵.

Terminada la comparecencia, el juez decidirá mediante auto, dentro de los diez días siguientes, si procede, o no, continuar el juicio. Si se continúa ha de llevar a un pronunciamiento sobre el fondo del asunto con efecto de cosa juzgada. El auto que dicte el tribunal ordenando la continuación del juicio será irrecurrible. En cambio, contra el auto que acuerde la terminación del proceso cabrá recurso de apelación.

Pese a que la regulación procedimental del incidente es la anteriormente expuesta, la jurisprudencia menor¹⁶, ha admitido la utilización de sentencia absolutoria, en lugar del auto del art. 22.2 LEC, cuando en el juicio se ha discutido la cuestión relativa al interés legítimo en continuar el procedimiento, y se ha apreciado la satisfacción extraprocesal. En estos casos, la pretensión de que se declare la nulidad de la sentencia por vía de recurso para que sea sustituida por un auto que declare la continuación o no del proceso, tal y como establece el artículo 22 LEC, conduciría a una pérdida de tiempo procedimental, porque tras la emisión del auto, devolvería la situación al estado de pronunciar sentencia o auto definitivo.

¹⁴ En este sentido, AP, sección 4ª de las Palmas, Sentencia de 20 May. 2009 (LA LEY 115907/2009); AP de Les Illes Balears, Sección 5ª, Sentencia de 6 Abr. 2009, (LA LEY 76776/2009).

¹⁵ En este sentido, Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8ª, Auto de 14 Jun. 2010 (LA LEY 126418/2010).

¹⁶ En este sentido Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4ª, Sentencia de 20 May. 2009 (LA LEY 115907/2009).

2.7. *Eficacia del decreto del secretario judicial o del auto judicial poniendo fin al proceso*

Para parte de la doctrina¹⁷, el decreto del secretario tendrá los mismos efectos que una sentencia absolutoria firme, sin que proceda condena en costas (art. 22.1 LEC). Este decreto implica la terminación del proceso por motivos materiales, con un valor semejante a la resolución de fondo que pone fin al pleito, y por ello, consideran que tiene efectos de cosa juzgada.

A nuestro juicio, el decreto, en ningún caso puede tener efecto de cosa juzgada material (por el carácter eminentemente jurisdiccional de tales efectos), aunque sea título ejecutivo. Por ello, es lógico que el legislador haya suprimido en el apartado primero del artículo 22 la equiparación de sus efectos a las sentencias absolutorias.

En realidad, el efecto de cosa juzgada material solo es predicable de las sentencias judiciales, la previsión contenida en el párrafo II del apartado 1 del artículo 22, que atribuía al auto del tribunal “los mismos efectos que una sentencia absolutoria firme”, era una excepción a la regla general. Por tanto, entendemos que la supresión ha constituido una adaptación a las normas generales, y por ende, que el auto que dicta el tribunal resolviendo la oposición carece de efectos de cosa juzgada. Por otro lado, esta postura es coherente con los efectos que tiene el auto que homologa la transacción procesal o judicial que tampoco tiene el efecto de cosa juzgada predicable de la sentencia judicial.

2.8. *Costas*

Respecto a las costas, el artículo 22 LEC distingue según haya existido acuerdo o no de las partes para terminar el proceso por carencia sobrevenida del objeto. Si ha habido acuerdo de las partes, se dictará un decreto por el secretario judicial poniendo fin al proceso, sin que proceda condena en costas. Incluso cuando la satisfacción extraprocésal y la carencia sobrevenida del proceso, sea por la acción de un tercero ajeno al pleito¹⁸.

En caso contrario, el secretario, convoca a una comparecencia sobre ese único objeto, para que el juez decida si procede o no continuar el juicio,

¹⁷ En este sentido, BARONA VILAR, S., en *Derecho Jurisdiccional II, Proceso civil*, 18ª ed., junto con MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER J.L., MONTÓN REDONDO, A. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 386.

¹⁸ En este sentido, Vid. Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14ª, Sentencia de 22 Ene. 2010 (LA LEY 13719/2010).

imponiéndose las costas de este incidente a quien viere rechazada su pretensión. Por tanto, las costas a las que se refiere el artículo 22 LEC son exclusivamente las correspondientes a la desestimación de la oposición.

Ahora bien, el contenido de la oposición va a depender, como hemos indicado anteriormente, del concepto restringido o amplio de satisfacción extraprocésal y carencia sobrevenida del proceso, y por ende, la continuación o no del proceso dependerá de ello. Si se desestima la oposición habrá condena en costas de este incidente, a la parte que viere rechazada su pretensión.

III. LA ENERVACIÓN DEL DESAHUCIO

La enervación es aplicable únicamente a los procesos de desahucio de finca urbana o rústica por falta de pago de las rentas o cantidades debidas por el arrendatario (art. 250.1 LEC). Estos procesos se caracterizan por ser sumarios (arts. 444.1 y 447.2), y por ello, sólo se permite al demandado alegar y probar el hecho del pago, o la concurrencia de las circunstancias necesarias para la procedencia de la enervación (art. 444.1 y 22.5 LEC).

En el caso de mediar enervación no existen ni carencia sobrevenida del objeto ni satisfacción extraprocésal. No hay carencia sobrevenida del objeto, porque si no concurría la falta de pago (por ejemplo cuando se aprecia mora accipiendi en el arrendador) procede la desestimación íntegra de la demanda al margen de que se haya realizado la consignación oportuna que se devolverá al demandado) y, únicamente en el caso de que la falta de pago existiera (como causa resolutoria) puede el arrendatario, a través del pago o la consignación, y por una sola vez, enervar la acción de desahucio dirigida contra él.

Por otro lado, no hay satisfacción extraprocésal, porque con el desahucio el actor pide la resolución del contrato y esta pretensión con la enervación no se ha satisfecho, sino al contrario. Por tanto, la enervación es un caso especial que no tiene nada que ver con los anteriormente citados en el artículo 22 LEC.

3.1. Concepto y fundamento

Su finalidad es extinguir la pretensión resolutoria de un contrato de arrendamiento urbano o rústico fundada en la falta de pago de las cantidades que deba abonar el arrendatario, siempre que éste o un tercero pague o consigne judicial o notarialmente las cantidades reclamadas en la demanda y el de las

que adeude hasta el momento en que realice el pago, en las condiciones del artículo 22.4 LEC¹⁹. Ahora bien esta posibilidad legal solo cabe una vez.

La Ley de Enjuiciamiento Civil, por tanto, concibe la enervación, como un poder de disposición²⁰ concedido a la parte demandada sobre el proceso de desahucio de finca rústica o urbana por falta de pago de la renta o cantidades debidas, por el que puede poner fin a la acción ejercitada por el actor si después de presentada la demanda, paga al demandante o pone a su disposición, en el tribunal o notarialmente, el importe de las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que adeude en el momento de dicho pago o consignación en las condiciones del artículo 22.4 LEC.

Ahora bien, el demandado carece de este poder de disposición del proceso cuando el arrendatario hubiera enervado el desahucio en una ocasión anterior, o el arrendador hubiese requerido de pago al arrendatario, por cualquier medio fehaciente, con al menos un mes de antelación a la presentación de la demanda y el pago no se hubiese efectuado al tiempo de dicha presentación.

Como indica el Tribunal Supremo²¹ la enervación no se puede configurar como un derecho del arrendatario, pues pugna con el derecho esencial del arrendador de recibir el precio del arrendamiento, derecho éste correlativo a la obligación principal del arrendatario de pagarlo (arts. 1543, 1546 y 1555-1º CC). La enervación es una oportunidad del arrendatario de evitar el desahucio, legalmente configurada en cada momento histórico atendiendo a razones sociales.

Por lo anteriormente expuesto, la enervación o enervamiento del desahucio es el poder de disposición que tiene el arrendatario o cualquier otra persona²², en nombre y beneficio del arrendatario (art. 1158 CC) de impedir el desahucio,

¹⁹ Como indica la AP de Madrid, Sección 10ª, ST de 9 de febrero de 2004 (LALEY 33586/2004), frente a la posición mantenida por un sector de la doctrina, para el que "sólo podrá realizarse la consignación por el arrendatario de la vivienda", este tribunal opina lo contrario, pues "con independencia de que el directamente beneficiado por la extinción de la acción sea el sujeto pasivo de la misma, no cabe sustraer la consignación o el pago a su régimen común, en el que también se reconoce pleno efecto liberatorio a los efectuados por un tercero. Ha de mantenerse la aplicabilidad directa de las normas relativas a la extinción de las obligaciones contenida en el Código Civil y, singularmente, en el artículo 1.158.I al autorizar que pueda «hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor».

²⁰ AP Madrid, Sección 21ª, ST 26 de septiembre 2006 (LA LEY 133298/2006).

²¹ TS, Sala Civil, ST193/2009, de 26 de marzo de 2009.

²² En este sentido AP de Madrid, Sección 10ª, ST de 9 de febrero de 2004 (LALEY 33586/2004), que cita otras sentencias del T.S., Sala Primera, de 9 de abril de 1930, 5 de mayo de 1962, 27 de marzo de 1963, 26 de febrero de 1965, 8 de septiembre de 1972, 9 de junio de 1986 y 21 de abril de 1988, entre otras.

si paga o consigna las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que adeude hasta el momento en que realice el pago, en el plazo previsto en el artículo 22.4 LEC, sin que se precise de postulación concreta.

El fundamento de la enervación (como el de toda la legislación arrendaticia especial en la que originariamente se integraba) se encuentra en razones sociales y humanitarias a favor de los arrendatarios que se vean transitoriamente afectados por una precaria o difícil situación patrimonial, con el propósito de neutralizar los efectos resolutorios que se asocian al desahucio, pero preservando la indemnidad económica del arrendador.

3.2. Plazo de ejercicio de la enervación

Hasta la reforma de la LEC, por Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, se establecía que el pago enervatorio había de tener lugar siempre “antes de la celebración de la vista” (art. 22,4). Tras la citada reforma, ha de efectuarse en el plazo de 10 días desde el requerimiento del secretario judicial. Por tanto, el “dies ad quem”, ha quedado reducido al plazo señalado.

Respecto al “dies a quo”, se puede entender que el plazo enervatorio se ha de producir desde el requerimiento del secretario judicial. Ahora bien, si el pago se produce antes de la admisión a trámite de la demanda o desde la admisión a trámite de la demanda y citación para la vista, pero antes del requerimiento ¿se consideraría retraso en el pago?, o, por el contrario, se consideraría pago enervatorio.

Antes de la reforma del artículo 22.4 LEC por Ley 37/2011, de 10 de octubre, no se indicaba el inicio del cómputo del plazo para enervar la acción de desahucio, lo que provocó dos interpretaciones diferentes en los Tribunales. Para unos Tribunales, el pago realizado con posterioridad a la interposición de la demanda determina la enervación de la acción. Para otros, la enervación solo puede producirse una vez que se notifica la demanda al arrendatario citándolo para la vista.

La primera interpretación, se basa en la norma general del artículo 410 de la LEC, que establece que el comienzo de la litispendencia se produce desde la presentación de la demanda, y el proceso ha de resolverse teniendo en cuenta la situación litigiosa en el momento de la presentación de la demanda, por lo

que el pago o la consignación posterior a la demanda únicamente puede tener eficacia enervatoria, y no de pago con retraso²³.

La segunda interpretación se fundó en que hasta que no hay citación es imposible que el arrendatario tenga conocimiento de la existencia del proceso. Por tanto, era a partir de este momento cuando se podía enervar. Los pagos anteriores se consideraban pagos con retraso, pero no pago enervatorio²⁴. Con esta interpretación se desestimaba la acción de desahucio ejercitada, con la consiguiente imposición de costas al arrendador, por lo que la mayoría de la jurisprudencia se decanta hacia la primera postura.

El Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de octubre de 2009²⁵ se ha pronunciado sobre esta cuestión cuando ya ha habido una anterior enervación de la acción de desahucio y el arrendador interpone otra demanda de desahucio por un nuevo impago a tiempo, en cuyo caso, el arrendatario no podrá evitar el desahucio pagando la renta debida antes de ser citado para la vista.

Argumenta el alto Tribunal en la anterior sentencia, que cuando conforme a la ley, se puede enervar, esa posibilidad la ha de conocer el demandado cuando es citado, para que pueda enervar la acción antes de la vista, según se desprende del artículo 440.3 en relación el párrafo primero del apartado 4º del artículo 22 ambos de la LEC.

Sin embargo, cuando ya no es posible enervar, aunque sea una circunstancia que el actor debe hacer constar en la demanda conforme al artículo 439.3 LEC, en realidad es una indicación dirigida al juzgado y no al demandado, con la finalidad de que aquél no incluya tal posibilidad en la citación para la vista.

De la anterior argumentación del Tribunal Supremo, podemos concluir que, si no ha habido una enervación anterior, para que el arrendatario pueda enervar, tiene que conocer esta posibilidad. Pero si ya no puede enervar, desde la presentación de la demanda se estimará la acción de desahucio.

Con la nueva regulación por Ley 37/2011, de 10 de octubre, con el decreto de admisión se cita para la vista y se da traslado de la demanda al demandado.

²³ En este sentido AP Barcelona, sección 13ª, ST de 14 de julio 2009 (LALEY 201076/2009), entre otras.

²⁴ Así entre otras, SAP de León (sección 3ª) de 11 de junio de 2003 (JUR 2004/13424); SAP de Málaga (sección 6ª) de 2 de marzo de 2005 (JUR 2005/149461), entre otras.

²⁵ Tribunal Supremo, ST de 20 de octubre de 2009, recurso 1559/2004 (LA LEY 196264/2009), que recoge el criterio de sus sentencias de 24 de julio de 2008 y de 26 de marzo de 2009.

Posteriormente, en el requerimiento del secretario judicial se concede un plazo de 10 días al demandado para que, en caso de pretender la enervación, pague la totalidad de lo que deba o ponga a disposición de aquel, en el tribunal o notarialmente, el importe de las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio. El secretario judicial, si se enerva en ese plazo y no hay oposición del arrendador, dictará un decreto poniendo fin al proceso de desahucio, en el que además, se condenará al arrendatario al pago de las cosas devengadas (artículos 440.3 y 22.5 LEC).

Se pueden hacer tres interpretaciones sobre el comienzo del plazo para la enervación, con la nueva normativa.

En primer lugar, se puede considerar que el legislador ha pretendido establecer un plazo concreto para la enervación, cuyo “dies a quo”, empezaría a contar desde la notificación del requerimiento del secretario judicial. Este planteamiento supondría volver al criterio previsto en el art. 1563 LEC 1881, en la redacción introducida por la L 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, según el cual el arrendatario podía enervar durante el período concreto, comprendido entre su citación y el día señalado para la celebración del juicio verbal.

Ahora bien, con esta interpretación, el pago por parte del demandado de lo reclamado por el actor hasta el requerimiento del secretario, constituiría un pago atrasado, lo que supondría la desestimación de la demanda de desahucio y la condena en costas al actor.

En segundo lugar, también se puede interpretar, que el pago enervatorio tendrá lugar desde la admisión a trámite de la demanda y citación para la vista, si la posibilidad de enervar se incluye en el decreto de admisión en el que se cita para la vista (como ocurría antes de la reforma del artículo 440.3 por Ley 37/2011, de 10 de octubre). Parece que esta posibilidad se contradice con la supresión en el artículo 440.3 LEC de que “en la citación para la vista se hará constar la posibilidad de enervar conforme a lo alegado por el actor en la demanda”, constando expresamente esta posibilidad en el requerimiento del secretario judicial, conforme a su nueva redacción.

Desde luego, antes del requerimiento del secretario judicial para efectuar el pago enervatorio, el demandado ya ha recibido copia de la demanda y conoce la posibilidad de enervación, cuya indicación es requisito obligatorio para que sea admitida a trámite la demanda (art. 439.3 LEC), por lo que considerarlo como un pago con retraso, sería contrario a las normas jurídicas que tutelan las obligaciones de las partes.

Ahora bien, si consideramos que desde la admisión a trámite de la demanda empieza a correr el “dies a quo” para la enervación, sería conveniente, por seguridad jurídica, que el secretario judicial en el decreto de admisión y citación para la vista siga indicando la posibilidad de enervar, a pesar de que tácitamente sea un requisito de admisión a trámite de la demanda. En este supuesto el pago efectuado hasta la admisión de la demanda y citación para la vista sería un pago con retraso, con condena en costas al actor.

Por último, también podemos entender, que desde la presentación de la demanda, siempre que posteriormente sea admitida, se produce la litispendencia (art. 410 LEC), y cualquier pago de lo reclamado por el actor en la demanda, efectuado desde este momento, debe considerarse enervatorio (si cabe legalmente tal posibilidad). Por tanto, el “dies a quo” será el de presentación de la demanda, si es posteriormente admitida, y el “dies ad quem” los 10 días posteriores al requerimiento del secretario. En este caso, el pago realizado con posterioridad a la presentación de la demanda, siempre será enervatorio, con condena en costas para el demandado.

El legislador debería haber aclarado expresamente el “dies a quo” en la reforma operada por Ley 37/2011, de 10 de octubre, teniendo en cuenta que esta cuestión ya era dudosa antes de la citada reforma.

Ahora bien, si el demandante se opusiera a la enervación, se citará a las partes a la vista (conforme al artículo 443 de esta Ley), tras la cual, el Juez dictará sentencia por la que declarará enervada la acción, o en otro caso, estimará la demanda habiendo lugar al desahucio, imponiendo en ambos casos las costas al demandado (art. 22,5 LEC).

Con la nueva regulación del apartado cuarto del artículo 22, las discrepancias del actor sobre la posible enervación van a ser objeto de discusión en la vista del juicio verbal, en lugar de celebrarse la comparecencia prevista en el artículo 22.2 LEC, que servía para resolver la disparidad de criterio de las partes respecto a la carencia sobrevenida del objeto procesal. Esta modificación además de agilizar el juicio de desahucio, es más acorde con lo dispuesto en el artículo 444.1 LEC que establece expresamente que las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación deberán ser objeto de discusión en la vista, junto con las relativas al pago.

3.3. *Cuantía de la enervación*

Otro problema que surge con relación a la facultad enervatoria del arrendatario demandado es la cuantía que ha de consignarse para enervar la acción. El

artículo 22.4 de la LEC se refiere “al importe de las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio”. La reforma de este precepto por Ley 19/2009, podía haber mejorado el contenido del mismo, porque en la demanda de desahucio no se reclama cantidad alguna, salvo que el actor acumule a la acción de desahucio la de reclamación de rentas.

En realidad debía haber dicho, que el demandado debe abonar o consignar para enervar la acción de desahucio “las rentas adeudadas al tiempo de presentación de la demanda, en las que el actor funda su pretensión de desahucio, más las que se deban en el momento de realizar el pago enervador”. Posteriormente el artículo 22.4 LEC ha sido reformado por Ley 37/2011, de 10 de octubre, pero tampoco corrige el contenido del precepto.

No hay problema cuando coincide el importe en el que el actor funda su pretensión de desahucio en la demanda y lo que considera que debe el arrendatario, pero pueden existir problemas cuando a juicio del arrendatario demandado, la cantidad debida es menor.

Para un sector de la doctrina, la interpretación literal del art. 22.4 LEC llevaría a concluir que han de consignarse todas las cantidades que según el arrendador son debidas. Esta interpretación sin embargo podría amparar situaciones de abuso de derecho cuando las cantidades fijadas por el actor excedan de las realmente debidas²⁶.

Con la redacción del artículo 440 apartado tercero (reformado por Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal), el secretario judicial tras la admisión a trámite de la demanda, requerirá al demandado para que en el plazo de diez días enerve, cuando en la demanda se ha incluido esta posibilidad; o en otro caso, comparezca ante el secretario y alegue sucintamente, formulando oposición, “las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación”, cuando se ha negado tal posibilidad por el actor en la demanda, y así se ha indicado correlativamente en el requerimiento del secretario judicial, o alegue “las razones por las que a su entender no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada”.

²⁶ En este sentido se pronuncia, entre otros, C Samanes Ara: “Las pretensiones basadas en la falta de pago de las rentas de arrendamientos urbanos y la LEC del 2000”, en la Ley de 19 de septiembre de 2003, nº 5853. En este sentido también Álvarez de Toledo Quintana: “La dinámica de la enervación de la acción de desahucio de fincas urbanas por falta de pago”, en Sepín Arrendamientos Urbanos de abril 2003, nº 235, mayo 2003, nº 236 y junio 2003, nº 237), para quien esta interpretación literal del art. 22.4 LEC supondría un quebranto a las reglas de distribución del onus probandi establecidas por el Tribunal Constitucional.

Esta segunda causa de oposición solo cabe si junto a la acción de desahucio se ha acumulado una reclamación de rentas u otras cantidades debidas. Dado el carácter sumario de la acción de desahucio, el artículo 444 LEC solo permite alegar al demandado como causas de oposición, el pago o la posibilidad de enervación.

Por tanto, consideramos que una oposición basada en la falta de débito total o parcial de la cantidad reclamada solo es viable si junto a la acción de desahucio acumulamos la reclamación de rentas u otras cantidades debidas, convirtiéndose en plenario el proceso. Por otro lado, el actual apartado cuarto del artículo 22 (tras la reforma por Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal), establece expresamente que, cuando se enerva en el plazo de diez días tras el requerimiento, automáticamente el secretario dictará decreto poniendo fin al proceso.

Si el actor se opusiera a la enervación por no cumplir los requisitos legales, se citará a las partes a la vista prevista en el artículo 443, tras la cual el Juez dictará sentencia por la que declarará enervada la acción (si el juez entiende que efectivamente el demandado no debía lo reclamado por el actor) o, en otro caso, estimará la demanda habiendo lugar al desahucio.

La literalidad del citado precepto es contraria a una interpretación favorable a la enervación cautelar frente a la acción de desahucio sin acumulación de reclamación de rentas u otras cantidades, pues hecha la consignación o el pago enervatorio, si el actor no se opone, el proceso acaba por decreto del secretario judicial.

Por tanto, si solo se ejercita una acción de desahucio por falta de pago, con la reforma operada por Ley 37/2011, de 10 de octubre, para enervar la acción, el demandado debe pagar o consignar todo lo reclamado por el actor, y lo devengado hasta el momento de dicha enervación, para levantar la acción, y en todo caso, plantear otro juicio posterior para hacer valer la reclamación indebida, dado el carácter sumario de este tipo de juicio.

En cambio, si junto a la acción de desahucio se acumula la acción de reclamación de rentas, entendemos que el arrendatario podría enervar y oponerse por no deber en todo o en parte las rentas, u otros importes reclamados por el actor, en el mismo plazo de 10 días, lo que conllevaría la celebración de la vista para debatir si el importe reclamado es o no debido. Es en este supuesto, en el que a nuestro juicio, con la actual reforma, cabría enervación cautelar (vid. apartado relativo a la forma de realizar la enervación).

Es frecuente este tipo de problema cuando se actualizan las rentas, en los arrendamientos regidos por la LAU de 1964. Ahora bien, si el arrendatario

no se opuso en el plazo de 30 días naturales siguientes a la recepción del requerimiento de actualización, la cantidad es debida, y si no ha consignado la totalidad de lo reclamado por el actor, no podrá enervar la acción de desahucio, por ser la consignación insuficiente.

Si por el contrario, se opuso a la actualización y subida de la renta pretendida en el plazo de 30 días naturales siguientes a la recepción del requerimiento previo, el arrendador ante el impago del incremento, no puede acudir al juicio de desahucio por falta de pago y reclamación de cantidad, sino que previamente debe acudir al juicio ordinario para determinar la renta al ser ésta una cuestión compleja que no se puede plantear en un juicio verbal. Si no lo hace así, se desestimará la demanda de desahucio con condena en costas para el actor²⁷.

3.4. *Forma de realizar la enervación*

Hasta la reforma de la LEC por Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios, no había unanimidad en los tribunales²⁸ respecto a si el pago o la consignación se podía realizar “ad cautelam” o de forma “subsidiaria”, en aquellos supuestos en los que el arrendatario pretendía oponerse a la demanda, y realizaba el pago o consignación para asegurarse, que no se decretaría su desahucio, si finalmente su oposición era desestimada. De esta forma, el pago o consignación, sólo desplegaba eficacia enervatoria si el Tribunal desestimaba la oposición planteada en cuanto al fondo.

En estos supuestos, hecha la consignación o pago cautelarmente, el arrendatario, pedía la continuación del proceso y, por tanto, la celebración de la vista, para oponerse en cuanto al fondo. Si el juez desestimaba la oposición, declaraba en la sentencia enervada la acción.

Unos tribunales, consideraban imposible la enervación cautelar, fundándose en argumentos procesales. Entendían que la enervación, por naturaleza, suponía

²⁷ ST AP Madrid (sección 20), de 27 de marzo 2007 (JUR 2007/148053).

²⁸ Vid. al respecto, Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18ª, Sentencia de 23 Jun. 2008, (LA LEY 114968/2008). Junto a las razones expuestas para argumentar que no cabe enervación cautelar se puede añadir como indica la SAP de Madrid Secc. 14 de 6 de octubre de 2004 que "Las consignaciones enervatorias son un método de purga de la mora y, como tales, no tienen mas explicación que la de ser consignaciones en pago, y eso por una simple y elemental razón: el cumplimiento de los contratos nunca es ad cautelam; es definitivo o es incumplimiento, y debe evitarse el abuso del derecho mediante el juego interesado de las consignaciones; la posesión del bien ajeno debe estar rigurosamente correspondida con la renta que justifica la ocupación".

dejar sin efecto el contenido de la demanda, y constituía una facultad que se concedía al demandado, debido al carácter tuitivo de la legislación arrendaticia a favor del arrendatario, para levantar la acción de desahucio por una sola vez, cuando no hubiere sido requerido de pago con un mes de antelación a la demanda de forma fehaciente.

Esta corriente jurisprudencial se basó también en la propia dicción literal del artículo 22.4 LEC, que establecía que el pago o consignación en el tribunal o notarialmente, se debía hacer antes de la celebración de la vista, en cuyo caso terminaría el proceso, y no habría vista. Por tanto, al ser en la vista donde el demandado podía realizar la contestación a la demanda, si no había vista no podía existir oposición, y consecuentemente no cabía la posibilidad de enervación cautelar.

Sin embargo, otros tribunales, consideraban que era posible la enervación cautelar, pues si bien era cierto que la LEC no contemplaba dicha consignación “ad cautelam”, tampoco la prohibía. Entendían que el artículo 22.4 LEC no podía interpretarse restrictivamente. Para este sector jurisprudencial, el proceso no debía terminar necesariamente por enervación de la acción, una vez que se había consignado la renta, si el demandado quería oponerse a la demanda, pues ello limitaría el derecho de defensa del arrendatario (al no poder alegar excepciones, ante el temor fundado de que si su oposición no prosperaba se resolvería el contrato), y por ello, la tutela judicial efectiva.

Con la redacción del párrafo 4 del artículo 22 LEC, por Ley 19/2009, de 23 de noviembre, se estableció que los procesos de desahucio terminarán mediante decreto del secretario si “antes de la celebración de la vista, el arrendatario paga al actor o pone a su disposición en el Tribunal o notarialmente el importe de las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio”.

Conforme a lo expuesto anteriormente, sólo se preveía la celebración de vista a instancia del demandante, y no del demandado, y, además, esta vista sólo estaba pensada para que las partes discutieran sobre la procedencia de la enervación, y no para que el demandado se opusiera a la pretensión de desahucio, por lo que el contenido de la sentencia del Tribunal quedaba limitado a declarar enervada la acción o a estimar la demanda de desahucio²⁹.

Con esta reforma, no parecía admisible una “enervación ad cautelam”, para oponerse el demandado. Si el arrendatario quería oponerse a la acción de

²⁹ En este sentido Vid., BERNARDO SAN JOSÉ, A., en *Guía Práctica de la nueva oficina judicial*, Coordinador BANACLOCHE PALAO J., La Ley, 2010, p. 283.

desahucio (por ejemplo porque entendía que no ha habido falta de pago sino de cobro), no podía enervar, y en este caso, si no prosperaba la oposición se dictaba sentencia de desahucio. Si por el contrario, el demandado enervaba, el proceso terminaba por decreto del secretario judicial, y ya no podía el arrendatario en el futuro volver a utilizar este mecanismo, ni habría podido oponerse.

Hay que tener en cuenta que la enervación es una facultad procesal contraria al deber de cumplimiento puntual de la obligación de pago, como contraprestación por el uso del inmueble, consecuencia del contrato de arrendamiento, que se prevé por cuestiones sociales. Pero también por estas mismas razones, el legislador puede limitar su uso, lo que ha ocurrido con la reforma por Ley 19/2009, de 23 de noviembre, para fomentar el alquiler.

Ahora bien, esta regulación era solo aplicable a la acción de desahucio. Si junto a esta acción, se acumulaba la de reclamación de rentas u otras cantidades debidas (art. 438.3 LEC, el juicio seguiría, a los efectos de resolver si el demandado es o no deudor de la cantidad que se le reclama³⁰. Es en este supuesto, en el que se podía aplicar la enervación cautelar, incluso aunque no se indicara de forma expresa por el demandado, porque habría vista en cualquier caso, para probar si eran debidas o no las rentas reclamadas. Si prosperaba la oposición, no se podía considerar enervada la acción. Por el contrario, si fracasa la oposición, la enervación sería efectiva.

Con la reforma del artículo 440.3 LEC por Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, en los procesos de desahucio con o sin reclamación de rentas u otras cantidades debidas, tras la admisión a trámite de la demanda, y antes de la vista, el secretario judicial requerirá por diez días para que el demandado realice cualquiera de estas actividades: desalojar el inmueble, pagar al actor, enervar u oponerse sucintamente alegando las razones por las que no debe en todo o en parte la cantidad reclamada, o las relativas a la procedencia de la enervación.

Por tanto, con la actual regulación del apartado cuarto del artículo 22 LEC (tras la reforma por Ley 37/2011), cuando el arrendatario consigna o realiza el pago de las cantidades reclamadas y de las que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio, en el plazo de 10 días tras el requerimiento del secretario judicial, la forma de terminación del proceso, si no se ha acumulado la acción de reclamación de rentas u otras cantidades debidas, dependerá de la posición que adopte el arrendador frente a la enervación.

³⁰ En este sentido Vid. Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª, Sentencia de 7 Mar (LA LEY 31063/2011).

Si el arrendador no se opone a la enervación, el proceso terminará por decreto dictado al efecto por el Secretario judicial. Por tanto, no habrá vista en ningún caso.

En cambio, si hay oposición del arrendador, se cita a las partes a una vista, y el juez dictará sentencia por la que declarará enervada la acción o estimará la demanda de desahucio (art. 22.4 LEC).

Si en la demanda solo se solicita el desahucio, y el demandado considera que no ha habido una falta de pago, sino de cobro, en lugar de enervar, debe oponerse en el plazo de 10 días. Ya hemos indicado anteriormente que la enervación es una posibilidad procesal que el legislador concede al demandado por el carácter tuitivo de la legislación arrendaticia, por cuestiones sociales, pero que por estas mismas razones puede ser limitado.

Ahora bien, si a la acción de desahucio la acumulamos la de reclamación de rentas u otras cantidades debidas, puede haber enervación y oposición en el plazo de diez días, para que en la vista se alegue y pruebe si se debían o no las cantidades reclamadas, por lo que en este supuesto, la enervación será cautelar incluso aunque no se indique de forma expresa. De no interpretarse así este precepto se estaría vulnerando el derecho de defensa del demandado y por ello su derecho a la tutela judicial efectiva.

3.5. *Supuestos en los que no cabe enervación*

La enervación del desahucio no es posible en los siguientes casos:

1º.- Cuando el arrendatario hubiera enervado el desahucio en otra ocasión anterior, excepto que el cobro no hubiese tenido lugar por causas imputables al arrendador (art. 22.4 LEC reformado Ley 19/2009). La enervación sólo debe producirse, cuando el demandado dejó de pagar sin causa justificada, pero no procede cuando se desestima la demanda por falta de cobro (*mora accipiendi*)³¹.

Hasta la reforma de la LEC de 1881 por la LAU de 1994, no se establecían límites al número de enervaciones e incluso se contemplaba la posibilidad de rehabilitar el contrato, que ahora no se prevé, salvo por la ley Concursal (art. 70 LC).

Respecto al cómputo de las enervaciones producidas con anterioridad a la entrada en vigor de la LAU de 1994 no hay unanimidad en los Tribunales,

³¹ AP Barcelona, Sección 4ª, ST de 18 de mayo 2009 (LALEY 168633/2009).

aunque sí un criterio mayoritario³², que considera que no han de computarse las enervaciones producidas con anterioridad a la entrada en vigor de la citada ley.

2º.- Cuando el arrendador hubiera requerido de pago al arrendatario, por cualquier medio fehaciente, con al menos un mes de antelación a la presentación de la demanda, y el pago no se hubiese efectuado al tiempo de dicha presentación. La reforma de la LEC por Ley 19/2009, de 23 de noviembre, ha modificado el plazo de dos meses a uno (art. 22,4 LEC).

Es necesario para que se produzca esta exención a la posibilidad de enervar, que el requerimiento de pago sea expreso, claro y rotundo, con la advertencia de las consecuencias en caso de impago. Por ello los tribunales³³ han considerado que no reúnen estas características las siguientes notificaciones:

- Aquellas en las que la reclamación no es el objeto principal de la notificación, sino que se introduce de forma marginal y poco clara, en medio de un conjunto de comunicaciones.
- Cuando el requerimiento no permite al arrendatario saber que la intención del arrendador es resolver el contrato si no le abona las rentas adeudadas dentro de el mes siguiente. Así, por ejemplo, la mera comunicación de las cantidades que, a juicio del arrendador, adeude el arrendatario..
- El requerimiento que consiste en una mera invitación a abonar las rentas pendientes, aunque contenga referencias genéricas a formular demandas o a ejercitar acciones legales. Incluso algunas Audiencias exigen que expresamente se indique que si no se paga en ese plazo no podrá el arrendatario enervar la acción de desahucio.

Por otro lado, la notificación de requerimiento ha de ser “fehaciente”, es decir, debe realizarse por un medio que permita tener constancia tanto del contenido íntegro del requerimiento como de que llegó a conocimiento del

³² Así, AP de Madrid, Sección 10ª, ST 9 de febrero de 2004(LA LEY 33586/2004), en el mismo sentido: AP Madrid, sección 12ª, ST 21 de enero 2002 (LALEY 16943/2002); AP Badajoz , Sección 1ª , ST 11 julio 2000(LA LEY 142948/2000); AP Asturias, sección 7ª, ST de 14 de noviembre 2003, (LA LEY 186408/2003); AP Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, ST 24 de junio 2002 (LA LEY 118836/2002).

³³ En este sentido Audiencia Provincial de Girona, Sección 1ª, Sentencia de 19 Mayo 2009 (LA LEY 170454/2009); AP A Coruña, sección 4ª, ST 9 de julio 2009, (LA LEY 121204/2009); Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, Sentencia de 19 Jul. 2011 (LA LEY 158153/ 2011).

arrendatario. Por tanto, este requerimiento se puede hacer por cualquier medio incluido un burofax, siempre que se haya recepcionado por el destinatario o, al menos, que haya sido entregado en el domicilio o lugar adecuado.

Realizado el requerimiento, además ha de transcurrir el plazo de un mes sin abono de las cuantías devengadas hasta entonces, para poder interponer la correspondiente demanda judicial de desahucio por falta de pago. Respecto a este segundo supuesto, se ha planteado si al reclamar el impago de la renta por un juicio monitorio, se puede ya enervar o no la acción de desahucio, si posteriormente se presenta demanda de desahucio en caso de impago a través de este procedimiento.

El artículo 22,4, LEC con la redacción dada por Ley 19/2009, requiere para que no sea de aplicación la facultad de enervación que asiste al arrendatario, no sólo el requerimiento de pago al arrendatario, por cualquier medio fehaciente, con al menos un mes de antelación a la presentación de la demandada, sino también que el pago no se haya efectuado al tiempo de dicha presentación, lo que supondría que habría que esperar a la conclusión del juicio monitorio para saber si ha habido o no pago, porque no se puede exigir el cumplimiento del contrato y la resolución a la vez.

Pero además, en la medida en que la excepción a la facultad de enervación legalmente impuesta supone una limitación de derechos del arrendatario, debe ser interpretada restrictivamente, por lo que es necesario, para impedir la enervación, que se le advierta al deudor de una manera clara y terminante de los efectos de la falta de pago respecto a la posible enervación cuando se ha requerido fehacientemente de pago a través del juicio monitorio³⁴.

El arrendador debe indicar en cualquier caso, en la demanda, las circunstancias concurrentes que puedan permitir o no, en el caso concreto la enervación del desahucio (art. 439.3). No cabe que las partes, por la autonomía de la voluntad, pacten en una cláusula del contrato de arrendamiento la renuncia por parte del arrendatario a la facultad de enervar, porque al constituir la enervación una norma imperativa, el pacto sería nulo de pleno derecho³⁵.

3º.- Tampoco cabe enervación si en la demanda de desahucio por falta de pago, el demandante anuncia que asume el compromiso de condonar al arrendatario todo o parte de la deuda y de las costas, con expresión de la

³⁴ En este sentido AP Barcelona, sección 13ª, sentencia de 16 de diciembre 2008 (LA LEY 287768/2008).

³⁵ En este sentido ACHÓN BRUÑÉN, MªJ. , Análisis práctico del Juicio de Desahucio por falta de pago, Bosch, 2007, p. 81.

cantidad concreta, condicionándolo al desalojo voluntario de la finca dentro del plazo que se indique por el arrendador, que no podrá ser inferior al plazo de quince días desde que se notifique la demanda (art. 437.3 reformado Ley 19/2009).

En estos casos, la aceptación de la condonación por el arrendatario, supone una renuncia prevista en la ley para la enervación, aunque tuviera derecho a enervar. De manera que, si aceptado el compromiso, posteriormente no desaloja el inmueble voluntariamente se procederá a su lanzamiento, sin posibilidad de enervar.

4º.-Si el impago de las rentas o cantidades asimiladas o aceptadas por el arrendatario, se debe a la negativa al cobro por parte del arrendador, estaremos ante un supuesto de mora accipiendi.

La LEC a través de esta última reforma, reconoce por primera vez de forma expresa esta figura en el artículo 22,4, párrafo segundo, que había sido admitida por la jurisprudencia, como fórmula para atribuir efectos jurídicos a las situaciones en las que la falta de pago o cumplimiento de la obligación es consecuencia de la mala fe en la conducta del acreedor, quien no puede beneficiarse de ella.

Cuando ha quedado acreditado en el juicio de desahucio, que el demandado ha cursado giro por el importe de las mensualidades que considera impagadas el actor, siendo rehusado por el arrendador, por lo que el demandado ha tenido que consignar judicialmente el importe de las rentas, no hay falta de pago, sino de cobro o mora accipiendi, puesto que el arrendador ejecuta actos obstativos al objeto de que el arrendatario no pueda extinguir mediante el pago la obligación que le corresponde, incurriendo el arrendador en un fraude de ley, al actuar de manera contraria a las exigencias de la buena fe (art. 7 CC)³⁶.

El acreedor no tiene la obligación jurídica de recibir la prestación en que consista la obligación, pero sí tiene la obligación de no impedir que el acreedor cumpla con su obligación, surgiendo en ese caso la citada figura jurídica cuyo efecto fundamental es la exclusión de la mora del deudor. Si se estima la “mora accipiendi”, se debe desestimar, por incorrectamente planteada, la demanda de desahucio por falta de pago de la renta y cantidades debidas, con la imposición de costas al actor conforme a lo establecido en el artículo 22.5 LEC³⁷.

³⁶ En este sentido Audiencia Provincial de Zamora, Sentencia de 13 de abril de 2007 (LA LEY 117670/2007).

³⁷ Audiencia Provincial de Zamora, Sentencia de 13 de abril de 2007, (LA LEY 117670/2007).

Si ha habido falta de cobro, y el actor pretende el desahucio, sin acumular la acción de reclamación de rentas, con la nueva redacción del artículo 22,4 LEC (tras la reforma por Ley 37/2011, de 10 de octubre), el demandado no debe enervar, porque carecería de la posibilidad de oposición, puesto que el secretario dictaría decreto poniendo fin al proceso.

3.6. *Costas en caso de enervación*

La reforma ha incorporado un apartado quinto al artículo 22 LEC que viene a dar respuesta a las dudas existentes en materia de costas cuando hay enervación, al establecer que la resolución que declare enervada la acción de desahucio (decreto del secretario judicial o la sentencia), condenará al arrendatario al pago de las costas devengadas, salvo cuando en la sentencia se estime la mora accipiendi, es decir, que las rentas y cantidades debidas no se hubiesen cobrado por causas imputables al arrendador.

En este último caso, se pone de manifiesto la mala fe del actor, a quien se le impondrán las costas.

La reforma ha acabado así con la discrepancia doctrinal y jurisprudencial que ha existido hasta ahora en este ámbito. La mayoría de los Tribunales ya venía considerando, que siempre que haya falta de pago y se produzca la enervación, se debe condenar en costas al arrendatario, porque ha obligado al arrendador a la formulación de la demanda de desahucio, y porque si no hubiera enervado, aplicando el criterio del vencimiento, se le habrían impuesto las costas, conforme al art. 394 LEC.

No obstante, la falta de previsión legal ha permitido que en otras ocasiones, a quien ha enervado no se le condenara en costas, argumentándose que la enervación está regulada en el apartado 4 del art. 22 que con carácter general, regula la terminación extraordinaria del proceso por satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida del objeto, ordenando la terminación del proceso sin imposición de costas.

La condena en costas al arrendatario que enerva se impondrá tanto en la sentencia del Tribunal como en el decreto del secretario judicial, porque ambas resoluciones declaran enervada la acción de desahucio a que se refiere el apartado 5 del artículo 22 LEC³⁸.

³⁸ Al respecto A. Bernardo San José considera que debería corresponder en exclusiva al tribunal esta decisión y no al secretario judicial, *Guía práctica de la nueva oficina Judicial*, coord. por Julio Banacloche Palao, ed. La Ley, 2010, pp. 280-281.