

Comentario de urgencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1992, de 10 de febrero

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. PLANTEAMIENTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 1.435.4.º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.—III. EL INFORME DEL FISCAL GENERAL DEL ESTADO.—IV. LAS ALEGACIONES DEL ABOGADO DEL ESTADO.—V. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL Y LA CONTENIDA EN EL VOTO PARTICULAR.—VI. EL FALLO Y CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La relacionada sentencia, si bien referida al concreto precepto citado al tratar con gran amplitud todos los aspectos, tanto esenciales como colaterales, del problema planteado, sin duda ha de considerarse en justicia la más importante dictada hasta el momento por nuestro más Alto Tribunal en materia de procedimientos de ejecución. Y con directa repercusión en el ámbito registral, como veremos.

Con objeto de sistematizar la extensa doctrina vertida en la misma, comenzaremos por precisar su *supuesto de hecho*, tanto en el aspecto material como en el jurídico.

Por ella se resuelven 20 cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas admitidas a trámite: una en 1988, nueve en 1990 y las diez restantes en 1991, promovidas por las Audiencias Provinciales de Cuenca y Madrid y los Juzgados de Primera Instancia de Valls, Madrid y Sevilla.

Los actores participantes son nueve bancos (entre los que figuran la

mayoría de los más importantes), tres cajas de ahorro, una rural y una entidad de financiación. Los deudores demandados son, salvo en un caso, particulares (en su mayoría matrimonios) y las deudas traen causa: en once casos, de préstamos personales instrumentados en póliza; en cinco, de cuenta corriente de crédito; en tres, de contratos de negociación de letras de cambio y descuento de efectos, y en un supuesto, de un crédito para atenciones agrícolas. Y generalmente de escasa cuantía: en ocho de los supuestos se queda bastante por debajo del millón de pesetas, y de los restantes, sólo en dos casos se rebasan los cinco millones.

En el aspecto jurídico interesa destacar dos cuestiones que enmarcan el problema:

Primera. Que el precepto cuestionado en el proceso constitucional es exclusivamente el contenido en la primera frase del párrafo cuarto del artículo 1.435 de la LEC (tal como quedó redactado por la LR 34/1984 de 6 de agosto), reproducido literalmente en el Fundamento Jurídico 1.º de la sentencia.

Queda excluido expresamente el inciso último del citado precepto, que, como es bien sabido, dispone que "en el caso de cuentas corrientes garantizadas con hipoteca, abiertas por bancos o cajas de ahorro, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria".

Ello no obstante, en la sentencia se contienen numerosas referencias e, incluso, declaraciones relativas al artículo 153 de la Ley Hipotecaria, según tendremos ocasión de examinar.

Segunda. Que todos los informantes, y en definitiva el TC, delimitan específicamente el supuesto como referido en exclusiva a la existencia de una cuenta de crédito (*stricto sensu*). En efecto:

a) Uno de los Juzgados promoventes afirma literalmente (Antee. 3.6) que "el precepto sólo se aplica a aquellos contratos en los que no resulta cantidad líquida alguna de la póliza (crédito en cuenta corriente, crédito para descuento de efectos, crédito documentario, afianzamientos mercantiles, etc.) y no a las demás operaciones bancarias".

b) El Abogado del Estado, en el mismo sentido, en sus alegaciones (Antee. 5) dice que el tipo de contrato que sirve de título al derecho de crédito es: "Apertura de crédito en cuenta corriente, descuento en cuenta corriente y otros contratos mercantiles instrumentados mediante una relación de cuenta corriente bancaria. El artículo 1.435 LEC, penúltimo párrafo, primera frase, no abarca cualesquiera derechos de crédito de que sean titulares los bancos y otras entidades crediticias, ni tampoco los contratos mercantiles bancarios. Deben estar formalizados en tipos tasados de documentos públicos e implicar la existencia de una situación de cuenta corriente entre las partes".

c) Por su parte, el TC definitivamente declara que el singular procedimiento del artículo 1.435 "permite la ejecución de los títulos en que se documentan tales *contratos mercantiles de préstamo* (sic) *con apertura de cuenta corriente al deudor*" [FJ 1.b)]. El *lapsus* del Tribunal demuestra bien a las claras que el confusionismo actual entre el típico préstamo (contrato real) y la apertura de crédito en cuenta corriente se eleva en ocasiones a las más altas esferas. De todas formas, se corrige plenamente en el FJ 5 al afirmarse rotundamente que *"debe advertirse, no obstante, que el artículo 1.435 LEC no facilita la ejecución de cualesquiera derechos de crédito de que sean titulares los bancos y otras entidades financieras. El precepto restringe su alcance a los contratos mercantiles, que además de documentarse mediante formas que garantizan su autenticidad implican la existencia de una situación de cuenta corriente entre las partes, único contexto en el que cobra sentido la regulación de operaciones de liquidación y de certificación de saldos"*.

Llegados a este punto he de introducir una autocita, no por la simplista satisfacción de ver confirmadas mis opiniones por tan Alto Tribunal, sino con el fin práctico de introducir la oportuna apostilla hipotecaria. En dos trabajos (de 1989, "Patología actual de la hipoteca de máximo", *RCDI*, núm. 593, págs. 1113 y sigs.; de 1990, "Conferencia sobre hipotecas especiales", incluida en el volumen destinado al *Curso sobre hipotecas y seguridad jurídica* publicado por el CNR recientemente, págs. 209 y sigs.) ya me había planteado el problema de la apelación, frecuente en nuestras actuales minutas de hipoteca al artículo 1.435, patológicamente extrapolado de su contexto propio, afirmando:

1) Por un lado, su inaplicabilidad en materia hipotecaria dada la prevalente vigencia de la regulación hipotecaria sobre la LEC (*ex art.* 1.282 de la misma) y el respeto escrupuloso mostrado por el propio artículo 1.435 en el inciso antes citado; la remisión que establece es directa, como veremos, al artículo 153 LH y 245 RH (también, a veces, extrapolado), que regulan un supuesto muy concreto que dentro de la tipología hipotecaria tiene características peculiares y no permite su aplicación a tipos distintos. Además, el citado precepto hipotecario prevé expresamente un temperamento fundamental: la alegación por el deudor de error o falsedad, que necesariamente ha de resolverse por Auto judicial antes de poder proseguir la ejecución. En el mismo sentido proclamó posteriormente la Resolución DGRN de 16 de febrero de 1990 la "necesidad de dar una interpretación estricta al singular beneficio que el artículo 1.435 LEC confiere a determinadas personas privadas y en particular a los bancos".

2) La extensiva y errónea interpretación de la frase literal "se tendrá por líquida", confundiendo la mera cuestión de liquidez (que constituye el

objeto del precepto y presupone la previa existencia del propio crédito, puesto que sólo puede ser líquido lo que ya existe) con la cuestión de la propia exigibilidad, extremo éste que ha quedado muy claro en la sentencia que comentamos según veremos.

En la práctica, y desde hace años, puedo decir que he denegado sistemáticamente en cualquier hipoteca el pacto de remisión al artículo 1.435, denegación aceptada de forma pacífica en cientos de supuestos sin un solo recurso.

II. PLANTEAMIENTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 1.435.4.º DE LA L.E.C.

Como apreciación general, cabe decir que todos los Autos citados consideran infringidos el artículo 14 CE por razón del principio de igualdad ante la Ley que establece, así como también el artículo 24 CE, tanto por lo que respecta al principio de tutela judicial efectiva, sin indefensión establecido en su párrafo 1.º, como a la exigencia de un proceso con todas las garantías, con medios de prueba suficientes, a que se refiere su párrafo 2.º. Algunos de los Autos argumentan también en base al artículo 51.1 CE y al principio que establece de defensa de los consumidores y usuarios y sus legítimos intereses económicos.

Los dos primeros principios, recordemos que incluidos entre los derechos fundamentales, se encuentran bastante entrelazados en la argumentación, por lo que no es posible una separación neta de los distintos aspectos cuestionados.

Con todo, y por lo que respecta a la cuestión de la igualdad ante la Ley, con unanimidad se proclama que el precepto de la LEC cuestionado establece un verdadero *privilegio* a favor de las entidades bancarias o de crédito del que no gozan las demás personas físicas o jurídicas, afirmándose a tal efecto:

a) Que "la desigualdad se produce respecto a las demás entidades y ciudadanos porque en la normativa general que ordena la contratación entre particulares (pues las entidades de crédito no son entes públicos) rige el principio de igualdad absoluta (arts. 1.256 y 1.115 CC)".

b) Porque, además, "la desigualdad se produce asimismo respecto al particular que contrata con las entidades de crédito, éste no puede hacer lo propio para reclamar el saldo resultante a su favor que se derive de la misma póliza acudiendo a un juicio ejecutivo..., debiendo acudir al reconocimiento previsto por el artículo 1.430 LEC".

c) Y "no vale afirmar —según uno de los Juzgados— que el deudor se avino contractualmente a la situación denunciada, pues ésta viene impuesta por un *contrato de adhesión* al que se acogen todas las entidades privilegiadas sin excepción". Argumento totalmente contrario al mantenido en la STC 41/1981 de 18 de diciembre (que afirmó la constitucionalidad del art. 131 LH) y que el propio TC sigue manteniendo en ésta en la forma que veremos.

d) Por la Audiencia Provincial de Madrid se afirma que "la Sección 2.^a no alcanza a comprender las razones que llevan al legislador a singularizar los contratos mercantiles de estas entidades en comparación con la regla general, regla que se cifra en que las deudas derivadas de los contratos civiles o mercantiles no tienen carácter líquido, sin que la confección de la contabilidad de ninguna de estas entidades goce de fe pública".

e) Otro de los Juzgados apostilla que "los controles que realiza el Banco de España no ofrecen justificación suficiente, pues ni dicho control se extiende a las operaciones concretas relativas a créditos singulares, ni la existencia de un control externo puede justificar que la liquidación del saldo deudor se haga sin la presencia del primer interesado".

f) Es cierto que la esencia del crédito exige darle trámites ágiles para su tramitación: pero el privilegio en cuestión es absolutamente *ajeno a la condición del crédito* como muestra una confrontación entre las normas de clasificación y prelación de créditos (arts. 1.921 y sigs. CC) y las normas procesales correspondientes (especialmente el art. 153 LH, relativo a las hipotecas que garantizan cuentas corrientes). No es, por tanto, razonable que la fijación del saldo de forma unilateral por el acreedor sea inherente al propio crédito".

g) La *intervención del fedatario* prevista... es muy limitada: 1) al acreditar que la liquidación se ha hecho en la forma pactada, se ciñe al procedimiento seguido para hacerlo según la interpretación dada por el Consejo Superior Bancario... (y) aun cuando se refiera a la adecuación y exactitud de las operaciones matemáticas realizadas con arreglo a los tipos pactados, seguiría partiendo de la documentación suministrada por el Banco; 2) la coincidencia de saldo no añade garantía alguna porque la contabilidad de la entidad crediticia es documentación privada. Como consecuencia, la Ley otorga un privilegio a estas entidades, permitiéndoles constituir títulos ejecutivos gracias a una liquidación ficticia realizada unilateralmente por ellas a partir de sus documentos privados. Con ello logran el acceso a un procedimiento judicial privilegiado cerrado a los otros acreedores. Y además se otorga un *valor probatorio privilegiado* a sus documentos contables respecto del carácter de *documento privado*

propio de los libros de los comerciantes (arts. 31 CCom y 1.228 CC), como si de documentos públicos se tratase".

[Haciendo un breve paréntesis en la exposición, cabe afirmar que no deja de resultar extraño que en ninguno de los supuestos se haga referencia a la cláusula de variabilidad de intereses, tan frecuente en la práctica, y que indudablemente complica la fijación de saldos; tampoco existe la más mínima referencia al desdichado artículo 207.4.º del Reglamento Notarial (reformado por RD 8 junio 1984), auténtica "pasada", como se dice coloquialmente y tuve ocasión de razonar en el primero de los trabajos anteriormente citados.]

h) A la hora de buscar justificaciones a este desigual trato legal y parte de las cuestiones relativas al contrato de adhesión y al control del Banco de España antes expuestas, otro Juzgado afirma además que "la seriedad que caracteriza a este sector empresarial (argumento, por cierto, utilizado en la importante RDGR de 16 de junio de 1936 a propósito de las cuentas corrientes, en la que se contiene también un a modo de "voto particular" del ilustre hipotecarista don Sebastián Moro Ledesma, jefe de la Sección de Recursos) es insuficiente, pues lo mismo se puede predicar de otros sectores que utilizan el mismo mecanismo de cuenta corriente y se encuentra cuarteada por la reciente historia bancaria, con crisis e irregularidades contables en diversas entidades... Por último, la necesidad de agilizar el tráfico mercantil podría justificar un procedimiento ágil de liquidación (p.ej., las hipotecas de máximo), pero no eliminarla sustituyéndola por una manifestación unilateral".

Para concluir con el examen de este aspecto de *igualdad*, cabría resumir el privilegio denunciado, como lo hace el Juzgado número 8 de Sevilla, parangonando los títulos de ejecución creados en virtud del mismo con "los *certificados de descubierto que emite la Hacienda Pública para abrir la vía de apremio administrativa*".

Por lo que respecta al principio de tutela judicial efectiva, con el derecho a un proceso con todas las garantías y con medios de prueba suficientes, la mayoría de los cuestionantes entiende que el artículo 1.435 LEC implica una alteración de las normas ordinarias de prueba que puede provocar *indefensión*. Y los razonamientos fundamentales son los siguientes:

1) Que "existe una desviación del *onus probandi* que, conforme al artículo 1.214 del Código Civil, incumbe al que reclama el cumplimiento de las obligaciones, disponiendo el artículo 48.1 del Código de Comercio que los libros de comercio sólo hacen prueba contra los propios comerciantes que los han confeccionado. Por el contrario, en virtud (del precepto

cuestionado), tratándose de un proceso monitorio documental no es necesario que el actor pruebe el saldo que resulta contra el demandado, sin que baste un pacto privado entre las partes que suponga inversión de la carga de la prueba, pues las normas procesales probatorias son de orden público y de imposible pacto en contrario".

2) "Las manifestaciones (de la parte actora) son la única prueba de la existencia de la deuda y no sólo de su cuantía, porque una liquidación correcta del saldo de la cuenta puede entrañar un saldo nulo o incluso deudor para el supuesto acreedor. Es cierto que en un momento posterior al ejecutado puede oponerse, pero el embargo subsistirá..."; por otro lado, "el ejecutado podrá alegar la iliquidez del título ejecutivo, pero su alegato deberá ser desestimado inexorablemente. Podrá, eso sí, alegar pluspetición (art. 1.466 LEC), pero ello será en el seno del limitado debate que permite la Ley antes de dictar sentencia de remate, lo cual resulta ajeno a la indefensión denunciada, que se centra en el embargo 'inaudita parte' y el sometimiento a un juicio ejecutivo".

3) El problema se agrava todavía más en caso de *rebeldía* del demandado, "pues en este caso el artículo 1.462 ordena que se traigan los Autos a la vista para dictar sentencia con la sola citación del ejecutante, resultando inevitable, dada la presunción de liquidez de la justificación de saldo, ordenar que se siga adelante con el remate de los bienes embargados".

4) Con ello se vulnera "el derecho a un proceso con todas las garantías contenido en el artículo 24.2 CE (por cuanto) se deja el nacimiento de un título ejecutivo al arbitrio de una de las partes, título ejecutivo que abre el camino a un proceso sumario en que los *medios de defensa* quedan limitados *ex lege* y con un exiguo término probatorio más reducido incluso que el del juicio verbal". Y si el demandado se opone a la ejecución, "se encontrará en una posición procesal de subordinación, porque: a) en el juicio ejecutivo hay una inversión de la posición de las partes en el proceso y, también, de la carga probatoria; no es suficiente rechazar los hechos alegados por el actor, sino que hay que alegar —y probar— las excepciones; b) el actor es quien tiene el derecho a las últimas alegaciones, a aportar documentos y proponer prueba, mientras que el demandado carece de la posibilidad de contradecir los datos introducidos por el demandante porque no hay trámite para ello; c) el término probatorio es tan sólo de diez días, normalmente insuficiente para demostrar que los cálculos del demandante no son correctos —no es líquida la obligación— o que se ha excedido en el importe de la reclamación. No vale remitirse al juicio declarativo que contempla el artículo 1.479 LEC, porque una jurisprudencia reiterada impide que en el segundo se debatan los medios de oposición que pudieran emplearse en el juicio ejecutivo, incluyendo los contemplados

en los artículos 1.467 y 1.466 LEC que producen el efecto de cosa juzgada; simultáneamente, el juicio de ejecución ofrece unos estrechos márgenes de cognición que impiden declaraciones de derecho".

5) Insistiendo en la misma cuestión, otro Juzgado afirma que "el ejecutado se encuentra con que puede que la entidad acreedora no le ponga de manifiesto las concretas partidas del Debe y del Haber utilizadas por ésta para fijar el saldo reclamado, a lo que no está obligada, por lo que podría impugnarlas". (Cabe hacer aquí otro nuevo paréntesis para destacar la diferencia notable que en este punto existe con la regulación del artículo 153 de la LH, por cuanto éste precepto literalmente exige que se notifique al deudor "un extracto de la cuenta". No basta, por tanto, con notificar la cifra final del saldo contable, y conocemos personalmente algún caso en que no se despachó la ejecución de dicho efecto.) Continuando con el razonamiento del Juzgado, sigue diciendo (parece que para el caso de que sí se le manifiesten las partidas contables) que si el ejecutado "alega el pago de partidas no recogidas la prueba no es difícil y, además, le corresponde según el artículo 1.214 CC; pero si alega que no se ha obligado (por no haber dispuesto de la cantidad puesta a su disposición o en cuantía distinta a la que afirma el Banco o que el documento supuestamente negociado por éste es inexistente) tendría la carga de probar la inexistencia de la obligación para oponerse a la ejecución despachada, lo cual infringe el principio general de carga de la prueba establecida en el artículo 1.214 CC y además supone una prueba imposible al referirse a un hecho negativo".

6) Para terminar este apartado, conviene apuntar el aspecto que varios cuestionantes destacan respecto a la posible *apertura de un juicio declarativo posterior*: aparte, sin duda, de su carácter de remedio tardío, se reprocha la reiterada interpretación que, en forma muy restrictiva, el TS hace del artículo 1.479 LEC, que "impide que en él (el juicio declarativo) se debatan las causas de oposición que pudieron ser alegadas en el juicio ejecutivo, incluida la pluspetición, cerrando en definitiva toda vía judicial para hacer valer sus legítimos derechos". Aparte la cuestión sobreañadida de que en tal juicio posterior "el cliente encontraría las mismas dificultades de alegación y prueba de hechos negativos".

Por lo que respecta a la cuestión de la defensa del consumidor o usuario, tres de los Juzgados (de Madrid y Sevilla) se plantean específicamente la cuestión de la relación entre el artículo 51.1 CE y la Ley 26/1984, dictada en su desarrollo con el artículo 1.435 LEC. Destacan las siguientes apreciaciones:

1.^a Que la situación de privilegio establecida en el precepto cuestionado es "completamente contraria al imperativo de defender a los consu-

midores y usuarios, protegiendo sus legítimos intereses económicos que enuncia el artículo 51.1 CE, pues en la casi *generalidad de los casos el prestatario es un usuario o consumidor...* El sistema de liquidación de créditos establecido por el artículo 1.435 LEC supone todo lo contrario (a tales legítimos intereses), pues a la *desigualdad inicial entre los contratantes añade otra a la hora de acudir al proceso*".

2.^a Que forma parte de la naturaleza jurídica del derecho de los consumidores y usuarios a ser protegidos en sus intereses económicos legítimos la exclusión de las cláusulas abusivas introducidas como condiciones generales en los contratos de adhesión. Ello de conformidad con las convicciones uniformemente admitidas por los operadores jurídicos y mostradas en el movimiento legislativo internacional atinente al derecho de los consumidores que se muestran en el Derecho comparado, en resoluciones del Consejo de Europa y, en nuestro país, en diversas leyes. Todos estos movimientos han fraguado en una legislación protectora de los consumidores, que cristaliza en este punto considerando contrarias al ordenamiento jurídico las condiciones generales que sitúen a las partes en una evidente desigualdad en su relación contractual, que *inviertan la carga de la prueba* en perjuicio del consumidor o que impliquen *la previa aceptación de la indefensión* en un eventual proceso judicial. Pertenece a la esfera de libre decisión del legislador establecer los sistemas de control de entre los varios posibles, pero sin duda choca con el artículo 51.1 que el legislador otorgue carta de naturaleza legal a condiciones generales de la contratación como las mencionadas antes. Lo cual es especialmente cierto en el sector bancario, que es *prototípico en el uso de los contratos de adhesión*, como reconoce la propia Ley 26/1988, de 29 de junio, arts. 48.2.a) y 5.e) y el catálogo de actividades definido en aplicación de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 (aprobado por RD 287/1991, de 8 de marzo).

Desde la perspectiva de los intereses jurídicamente protegidos que constituyen el núcleo y médula del derecho enunciado por el artículo 51.1, se alcanzan idénticas conclusiones. Pues el artículo 1.435 LEC da carta de naturaleza legal a una condición general de la contratación ínsita en una extendida práctica bancaria que refuerza la posición de superioridad que a estas entidades otorga su prevalencia económica frente a los consumidores y usuarios en un sector de la contratación de esencial importancia en la sociedad actual al traducirse en el poder de imponerse unilateralmente sobre estos últimos.

3.^a Se advierte que "es cierto que, *en concreto*, el cliente *puede no ser un consumidor* en el sentido de destinatario final del bien o servicio; pero *en abstracto*, puesto que la norma no distingue, hay que entender que todo cliente es usuario.

Aparte los tres fundamentales aspectos examinados en relación a los artículos 14, 24 y 51 CE, se contienen en el planteamiento interesantes referencias comparativas al artículo 153 LH que, ciertamente, sale muy bien parado de la comparación, según pasamos brevemente a exponer:

a) Así, por un Juzgado se "subraya el contraste que ofrece el proceso de fijación de saldos de las cuentas corrientes con garantía hipotecaria (arts. 153 y 131 LH), que a pesar de disfrutar de una garantía superior *ofrecen mayores garantías para el deudor* al permitir que éste alegue error o falsedad, que ha de ser determinado, previa comparecencia, por el Juez".

b) También se argumenta sobre el concepto de "liquidación", afirmandose que el artículo 1.435 permite efectuar "una liquidación unilateral tanto en la fijación de las partidas del Debe y del Haber como en las operaciones aritméticas por las que se llega al saldo. Liquidación que no es propiamente tal porque excluye a la otra parte, siendo así que una verdadera liquidación requiere la intervención de las dos partes de la relación. Se confunde así cantidad líquida con cantidad determinada..." Para concluir que "si se garantiza la deuda con hipoteca *sí será preciso practicar la liquidación en la forma prevista por el artículo 153 LH, que es una auténtica liquidación*".

III. EL INFORME DEL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

Defiende, como parece lógico, la constitucionalidad del artículo 1.435 LEC, que, a su juicio, sólo incorpora un pacto de liquidez que con anterioridad a la norma legal ya fue declarado válido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la DGRN.

En su argumentación, que a mi juicio, y con los debidos respetos, no resulta muy brillante, destaca la *apelación esencial al dogma de la autonomía de la voluntad* y de libertad de pacto, de delicado manejo en materia procesal.

Como *argumentos concretos*, y aparte el ya conocido de la intervención o control a que están sometidas las entidades de crédito, destacan los siguientes:

1) Que el artículo 1.435 incorpora, "más que un caso de *inversión convencional de la prueba*, una *norma de autorización* para que en los contratos mercantiles de préstamo concertados con las entidades de crédito se incorpore *un pacto generador de un negocio jurídico de fijación* para

asegurar el desenvolvimiento de una relación jurídica ya nacida —el contrato de préstamo (*sic*: otra vez la confusión de naturaleza jurídica contractual al principio **denunciada**)—, determinando la liquidez y cuantía del crédito para que surta su eficacia en el proceso ejecutivo...; la liquidez de la deuda *no se sitúa en el proceso, sino fuera de él en virtud del pacto previamente concertado*, en términos que se ajustan a las exigencias del artículo 1.273 CC y que (no van) contra la prohibición que establece el artículo 1.256 CC”.

(Una breve apostilla: si la cuestión de liquidez, a confesión de parte, "se sitúa fuera del proceso, ¿dónde está la tutela judicial efectiva?... ¿O es que el pacto, llámese como se quiera, excluye la intervención judicial nada menos que dentro del marco de un procedimiento judicial de ejecución? Quede a la meditación del paciente lector...)

2) "El nacimiento del título ejecutivo no se deja al arbitrio de una de las partes. Este es creado cuando ambas conciertan el contrato...; el pacto de liquidez se incorpora, pero no con eficacia constitutiva, sino simplemente como un *medio convencional de tutela del derecho de crédito*".

Sin ninguna suspicacia, pero preventivamente, creo que tal argumento, muy escuetamente resumido en la sentencia, debe ser examinado desde una óptica precisa (y exacta): la que distingue (en contra del confusionismo histórico, como advierten CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA, y actual) entre "título ejecutivo" y "título de ejecución". Títulos ejecutivos son todos los relacionados en el artículo 1.429 LEC que permiten incoar el llamado juicio ejecutivo; en cambio, "título de ejecución" propiamente dicho no existe hasta dictada la sentencia de remate (art. 1.481 LEC), lograda la cual puede iniciarse la vía de apremio forzoso. Pero nada permite pensar que pueda crearse unilateralmente por la parte acreedora, ni siquiera apoyada en pacto previo *ad hoc*. Y la cuestión de "liquidez" ha de distinguirse netamente de la de "existencia y certeza" de la deuda, distinción muy clara en la doctrina de la sentencia que comentamos, según habrá ocasión de exponer.

3) En relación con el artículo 51.1 CE, se afirma que la legislación sobre las entidades de crédito (ni la Ley 26/1984) "no ha puesto en entredicho la validez del pacto sobre liquidez de la deuda, incorporado el artículo 1.435 LEC por la Ley 34/1984 en fechas inmediatamente posteriores a la aprobación de la Ley 26/1984, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios. Allí se armonizaron los intereses de las dos partes de las operaciones de crédito, aceptando la *enmienda de un grupo parlamentario que insistió en la necesidad de reforzar la posición jurídica del deudor, cuyo derecho quedó protegido por la voluntad popular mediante la intervención del fedatario mercantil*".

Tal referencia a una cuestión eminentemente política se encuentra también en la argumentación del Juzgado número 8 de Sevilla, pero, curiosamente, con signo totalmente contrario por cuanto la motivación razonable de los representantes de la "voluntad popular" se tradujo en la práctica en un pobre resultado. Como dice el citado Juzgado:

"El nuevo texto del artículo 1.435 LEC dado por la reforma de 1984 vino a dividir la opinión de los prácticos. Para unos, *la reforma dio rango de Ley a la norma contenida en la extravagante Orden ministerial de 1950*, por lo que la determinación unilateral del saldo a partir de la propia contabilidad sería una auténtica liquidación si así se pactaba, aunque esto suponga una subversión del lenguaje. Para otros, *la reforma eliminó el privilegio* al exigir la práctica de una auténtica liquidación (que exige la intervención o posibilidad de intervención de las dos partes o la intervención de un tercero práctico en la materia) que debía constar en documento fehaciente para que se pudiese despachar ejecución. *Esta segunda interpretación*, defendida por el proveyente y que encuentra apoyo en los motivos del legislador expresados en la enmienda del grupo socialista del Congreso que fue acogida, *no es la que ha prosperado en los Tribunales de alzada*, favorables a la primera. Ello equivale a que los bancos puedan, mediante pacto (que por supuesto le es impuesto al cliente), la determinación unilateral de la deuda y la creación de un título de ejecución mediante un certificado, al que nada añade la nota del fedatario. Pues la mención sobre la liquidación es una mera fórmula vacía que nada añade al conocimiento del Juez y el fedatario no está en condiciones de hacer comprobación alguna, pues para ello serían precisos conocimientos contables, de matemáticas y hasta de informática que no pertenecen a lo que es propio de su función.

IV. LAS ALEGACIONES DEL ABOGADO DEL ESTADO

Tales alegaciones en pro de la constitucionalidad son de mayor enjundia técnico-jurídica y en buena parte han sido recogidas en la doctrina definitiva sentada por el Tribunal.

Cabe sintetizarlas así:

1) "En primer lugar, entiende que no hay privilegio que infrinja el artículo 14 CE. El concepto de privilegio, a la luz de nuestra Constitución, lleva inherente la nota de arbitrariedad: cualquier trato de favor... (sin) justificación teleológica congruente con la CE. Desde esta perspectiva, el artículo 1.435 puede ser perfectamente justificado. La primera frase de su penúltimo párrafo *singulariza a una categoría de acreedores* mediante una

enumeración descriptiva que viene a coincidir con la definición legal de entidad de crédito contenida en las leyes vigentes... La intermediación financiera constituye un género de tráfico cuya peculiaridad (plantea particulares problemas... (hasta el punto de que) los incumplimientos de sus deudores típicos ("impagados") tienen mucha mayor trascendencia que para otro tipo de empresario, (hasta el punto de poder amenazar) la estabilidad del sistema financiero... Por añadidura, este trato jurídico especial no atiende solamente a los rasgos subjetivos del tipo de acreedor, (sino que se tiene en cuenta) el tipo de contrato (estrictamente la cuenta corriente bancaria, como se dijo al principio). Por otra parte, "para enjuiciar el ajuste al artículo 14 CE..., es fuerza prescindir de lo que es o no una auténtica liquidación", (puesto que dar "por evidente que sólo constituye verdadera liquidación la que se efectúa con intervención de las dos partes... [es una] petición de principio")

2) "Lo mismo cabe decir *desde la perspectiva del artículo 24.1 CE* (tal como ha sido interpretado por las SSTC 72/1982, 93/1984 y 191/1987) cuando el término de comparación es el deudor en cuanto parte demandada del juicio ejecutivo. Con carácter previo al desarrollo de esta tesis, el Abogado del Estado recuerda que *el actual artículo 31 del Código de Comercio* (Ley 19/1989, de 25 julio, corresponde al antiguo art. 47 CCom, que había sido reformado por la Ley 16/1973, de 21 julio) *permite que el Juez pueda conceder muy distinta apreciación a una contabilidad llevada con escrúpulo y rigor técnico que a otra con deficiencias*, conforme a las reglas generales del Derecho (SSTC 12 febrero 1982 y 7 octubre 1986). Al artículo 1.435.4 LEC, razonablemente interpretado no puede imputársele que fuerce al ejecutado a probar hechos negativos. *Si hubiera una serie de discrepancias fácticas* entre las partes del juicio ejecutivo, la prueba de que el ejecutado dispuso de cierta cantidad o de que existe el documento que se negoció y abonó en cuenta (es decir, que los contratos bancarios se ejecutaron realmente o comenzaron realmente a ejecutarse) correspondería a la entidad de crédito ejecutante. En efecto, aquellos hechos serían constitutivos de la pretensión (SSTS 25 abril 1990 y 25 octubre 1990) y, sobre ellos, la entidad de crédito dispondría de los elementos de prueba; en materia de reparto de la carga probatoria no se trata de aplicar "unos principios inflexibles, sino de atender a la naturaleza del debate, la disponibilidad y la realidad de la prueba" (SSTS 23 septiembre 1986, 24 abril 1987, 29 mayo 1987 y 15 junio 1988). *En todo caso, la primera frase del penúltimo párrafo del artículo 1.435 LEC no tiene que ser interpretada forzosamente como portadora de una suerte de presunción "iuris tantum" de exactitud de la certificación bancaria. El precepto es una regla sobre liquidez: precisa en qué condiciones se tendrá por líquida una cantidad*

reclamada al solo efecto de despachar la ejecución o negar el despacho. *No merma un ápice las facultades del Juez para apreciar a quién se les sigue las consecuencias desfavorables de no levantar la carga de probar lo que le incumbía.* Si el ejecutado niega, con mínima verosimilitud, haber dispuesto de la **cantidad** acreditada y la entidad de crédito, para quien tan sencillo es probar que sí hubo disposición no lo prueba, nada impide al Juez considerar improbadamente la disposición, *diga lo que diga la certificación de la Entidad, precisamente porque proviene, pese al "documentación fehaciente" de parte interesada.*

Asimismo subraya que el penúltimo párrafo del artículo 1.435 LEC representa ante todo una *regla relativa al despacho de la ejecución, esto es, a la admisión de la demanda ejecutiva.* De él se desprende con claridad que: i) el recto cumplimiento del precepto cuestionado es carga que pesa sobre la entidad demandante, incluida la exigibilidad y la liquidez de la cantidad (art. 1.467.2 LEC); ii) *el Juez —"ex officio"—*controla la regularidad en el cumplimiento de lo dispuesto por el precepto cuestionado (art. 1.440.3 LEC); iii) *al deudor ejecutado le cabe oponerse* y alegar el incumplimiento o el defectuoso cumplimiento de lo dispuesto en dicho precepto, pudiendo *pedir el recibimiento a prueba* y proponer la que estime oportuna para demostrar lo bien fundado de su oposición. En fin, el deudor ejecutado tiene siempre abierto el juicio declarativo ordinario en los términos del artículo 1.479 LEC y jurisprudencia que lo interpreta".

Estableciendo la comparación con la ejecución sumaria hipotecaria, se afirma:

a) "Aun reconociendo que es cierto que en el supuesto del artículo 153 LH se le da al deudor hipotecado la posibilidad de *oponerse alegando error o falsedad antes de iniciar la ejecución, lo que muestra una mayor preocupación por ofrecer* al deudor la posibilidad de impedir que las entidades de crédito abusen de una facultad adquirida si *ex contractu*, pero desde una posición de evidente superioridad las más de las veces (arts. 51.1 CE y 7 y 10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio), no se puede decir que la solución del penúltimo párrafo del artículo 1.435 LEC sea inconstitucional. El precepto muestra más preocupación por asegurar el despacho de la ejecución, pero no por eso desiguala hasta lo constitucionalmente ilícito la posición del deudor ejecutado atendida la estructura y la lógica interna del 'juicio ejecutivo'".

b) Tras recoger el argumento de la STC 41/1981 de que el deudor "ha consentido previa y expresamente este sistema de determinación unilateral" y reiterar el del control oficial de la contabilidad y normas de actuación de las entidades de crédito, afirma no obstante que "no cabe

aceptar que se otorgue un valor probatorio y privilegiado a la contabilidad de las entidades de crédito por comparación con otros empresarios, atendido el actual artículo 31 CCom (anterior art. 47). El precepto cuestionado contiene una regla sobre liquidez de la deuda, no un criterio de valoración vinculante para el Juez". Y éste tiene "un ancho margen de interpretación para determinar... (si está) suficientemente acreditada la correcta realización de la liquidación y la coincidencia del saldo. Una interpretación adecuada de este requisito... permitiría prevenir errores y abusos antes de despachar la ejecución tan eficazmente como pueda hacerlo el sistema de (posible) oposición previa del deudor previsto en el artículo 153 LH".

c) Finalmente, en lo que respecta al *artículo 51.1 CE*, el Abogado del Estado discrepa frontalmente de los razonamientos anteriores. En primer lugar, por una razón de estricta doctrina constitucional: la de que "nuestra Constitución no conoce la categoría formal derechos económicos y sociales..."; son "*principios rectores*" e *informadores* que gran parte de la doctrina incluye dentro de las llamadas "normas de programación final", de difícilísimo manejo dogmático como señaló el profesor DE OTTO. Por ello "no generan por sí mismos derechos judicialmente actuables" (STC 36/1991), si bien informan la práctica judicial conforme al artículo 53.3 CE.

En segundo término, se afirma, con razón, que "*no se puede equiparar la cualidad de cliente de una entidad de crédito con la de consumidor o usuario*. La Ley 26/1984, de 19 de julio, ha adoptado un concepto legal restrictivo: el "destinatario final" (arts. 1.2 y 3); por lo que los clientes de las entidades de crédito que adquieran bienes o servicios en el marco de actividades empresariales o profesionales quedan excluidos del ámbito de la protección de los consumidores..."

Todo ello muy cierto, pero, a mi juicio, el argumento no deja de encerrar un cierto sofisma, ya desde el plano de la generalidad y abstracción de las normas: si bien es cierto que no todo cliente es consumidor final, no es menos cierto que en ningún caso un cliente de un Banco pueda serlo. Aparte de ello, en el supuesto concreto, y como vimos al principio, en once de los supuestos cuestionados se trataba de pequeños préstamos o créditos personales a matrimonios con finalidades tan típicas de consumo como compra de mobiliario, de automóviles, etc.; sólo en tres contratos de negociación de letras y otro crédito para atenciones agrícolas cabe rechazar de entrada la aplicación de la Ley del Consumidor. Por tanto, y con los datos disponibles, predominaban los supuestos en que el cliente tenía la consideración y protección legal de usuario o consumidor.

V. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL Y LA CONTIENDA EN EL VOTO PARTICULAR

Entrando en el examen de los Fundamentos Jurídicos (en lo sucesivo, FJ) de la sentencia, de la que fue ponente el Magistrado LEGUINA VILLA, y del voto particular discrepante del Magistrado DE LA VEGA BENAYAS, *el FJ 1.º A) establece una perfecta síntesis doctrinal del juicio ejecutivo*, en la forma siguiente:

A) *El artículo 1.429 de la LEC*, que encabeza los preceptos reguladores del "juicio ejecutivo", enumera taxativamente los títulos que tienen aparejada ejecución y en los que deberá fundarse la acción ejecutiva. Entre ellos se incluyen las pólizas originales de contratos mercantiles, debidamente firmadas y certificadas en los términos que detalla su número 6.º. *El artículo 1.435*, por su parte, subordina la acción ejecutiva a que haya vencido el plazo para el cumplimiento de la obligación reflejada en el título y a que éste tenga por objeto una cantidad líquida que exceda de 50.000 pesetas. *La observancia de lo dispuesto en estos artículos (y concordantes de la Ley procesal civil) se garantiza mediante la sanción legal de nulidad*. Cuando el título no tuviere fuerza ejecutiva, ya por defectos extrínsecos, ya por no haber vencido el plazo o no ser exigible la obligación o ser ilíquida (art. 1.467.2.º LEC), el Juez ha de declarar la nulidad del juicio (art. 1.473.3.º).

La "denegación de la ejecución" puede ocurrir en dos momentos distintos: en fase de admisión y en fase de sentencia (arts. 1.440 y 1.473, respectivamente). *En el primer caso*, sin dar audiencia al demandado y tras examinar la demanda, el título ejecutivo y los documentos presentados con ella, el Juez denegará la ejecución *in limine litis*. *En caso de que se hubiere despachado la ejecución*, si el Juez apreciare posteriormente la inexistencia, nulidad o falta de fuerza ejecutiva del título, debe dictar sentencia en la que se declare la nulidad del juicio. Esta declaración, lo mismo que los restantes fallos posibles a esta altura del proceso (seguir la ejecución adelante, haber o no lugar a pronunciar sentencia de remate), puede ser realizada por el Juez en dos circunstancias diversas, que desde ahora conviene resaltar. Pues así como el despacho o la denegación de la ejecución (*ex art. 1.440*) habrán de ser adoptados "sin prestar nunca audiencia al demandado", *la sentencia ejecutiva sólo puede ser pronunciada previa audiencia*, a cuyo objeto es elemento esencial la debida citación del deudor (arts. 1.459 y 1.460). Si el deudor debidamente citado de remate comparece en el proceso, se llevan sin más los Autos a la vista del Juez para que dicte sentencia con citación sólo del acreedor (art. 1.462). Lo

mismo ocurre si, personado el deudor, no formaliza la oposición en tiempo, aunque también resulte citado para sentencia (art. 1.463, párr. 3.º).

Por el contrario, *si el deudor se persona en los Autos* por medio de Procurador y se opone a la acción ejecutiva, formulando alguna de las alegaciones que tasan los artículos 1.464, 1.466 y 1.467, se abre una sucinta fase contradictoria, con posibilidad de prueba y de vista oral, en el modo que regulan los artículos 1.463, 1.468 y 1.472.

Si el título ejecutivo determina el nacimiento de una obligación vencida, exigible y líquida, si no adolece de defectos extrínsecos que conlleven la pérdida de su fuerza ejecutiva y si tanto el título como la obligación no fueren nulos, el juicio ejecutivo puede desplegar sus efectos normales. Una vez admitida la demanda e incoado el proceso (art. 1.440) se procede al *embargo* de los bienes del deudor suficientes para cubrir la cantidad porque se haya despachado la ejecución y las costas, salvo pago o consignación en el acto al ser requerido de pago (arts. 1.442, 1.446 y concordantes); y previo, en su caso, el incidente de oposición promovido por el demandado que comparezca, el Juez debe dictar sentencia; la cual, salvo nulidad del juicio y dando por supuestas la validez y la ejecutividad del título (núms. 1 y 2 del art. 1.467), deberá disponer que siga adelante la ejecución, a menos que se estime alguna de las excepciones o defensas alegadas por el demandado (art. 1.473, en relación con los arts. 1.464 y 1.466). No está de más recordar asimismo que aun cuando se ordene seguir la ejecución adelante, la sentencia de remate debe expresar la cantidad que ha de ser pagada al acreedor, de suerte que si aquella cantidad fuera inferior a la reclamada en la demanda no se impondrán las costas del proceso al demandado que hubiere efectuado consignación (art. 1.474, párr. 1.º).

La sentencia de remate, una vez firme o cumplidos los requisitos de la ejecución provisional, se lleva a efecto por la vía de apremio (arts. 1.481 y sigs.), *pero no producirá la excepción de cosa juzgada*, quedando a salvo su derecho a las partes para promover el ordinario sobre la misma cuestión (art. 1.479).

El párrafo B) del citado FJ 1.º enmarca de modo preciso en tal contexto normativo el artículo 1.435, párrafo 4.º, afirmando que *su finalidad* no es otra que resolver el problema que plantean aquellos contratos mercantiles que habiendo sido documentados en una forma que les permitiría obtener *legalmente* fuerza ejecutiva... tienen, sin embargo, un contenido que les impide desplegarla *por falta de liquidez*. El problema se resuelve mediante un singular procedimiento de determinación de la cantidad líquida o exigible que permite la ejecución... Y se estima que el artículo 1.435.4.º "trae causa" directa del 1.429.6.º, al que no se opone ningún reparo.

Ahora bien, y precisando de forma registral la *esencia* del precepto cuestionado, el TC distingue netamente, como antes apuntamos, dos cuestiones que no pueden confundirse: la "*liquidez*" de la deuda, por un lado, y la cuestión previa de la "*certeza*", *existencia y exigibilidad* de la misma.

A tal efecto expresa el FJ 2.º:

2. Nada habrá de decirse aquí sobre la utilidad que tales modalidades de apertura de crédito en cuenta corriente ofrecen en el tráfico mercantil ni sobre las ventajas financieras y de disponibilidad que suponen para los comerciantes y clientes en general de las entidades financieras. Y tampoco es tarea de este Tribunal censurar o combatir los posibles abusos o irregularidades que en la ejecución de tales contratos puedan eventualmente cometer las citadas entidades en su condición de acreedoras. Pero sí debemos afirmar desde un principio que *el llamado pacto de liquidez* que se contempla en el artículo 1.435 LEC *no determina en modo alguno las desmesuradas consecuencias probatorias* que dan por supuestas los órganos judiciales que cuestionan su *constitucionalidad*. Su párrafo cuarto no dispone que la certificación expedida por la entidad acreedora, en la que se especifica la cantidad exigible de acuerdo con el saldo que aparezca en la cuenta abierta al deudor, sea tenida por verdadera, sino que *se limita a declarar que la cantidad exigible*, una vez especificada por la entidad acreedora en la forma pactada en el título ejecutivo, *"se tendrá por líquida"*. Que la Ley establezca que la cantidad reclamada es líquida para poder despachar la ejecución *no significa que presuma que es cierta o verdadera*, puesto que, como ya tuvimos ocasión de señalar en el ATC 54/1984, tanto en el juicio ejecutivo como en el juicio ordinario que a éste pueda suceder todas las pruebas documentales dimanantes de cualquiera de los sujetos del proceso tienen igual fuerza y *no hay ninguna que merezca la calificación de prueba privilegiada*.

Remontándose a los antecedentes históricos, continúa diciendo el citado FJ:

Existe en este punto una evidente *diferencia entre el precepto legal y su antecedente normativo*, la Orden ministerial de 21 de abril de 1950 a la que aluden todos los partícipes en este proceso constitucional. Esta Orden, que extendió a la Banca privada el privilegio otorgado dos años antes al Banco de España, contenía dos normas netamente diferentes. El actual artículo 1.435 LEC es heredero directo de la incluida en el artículo 2 de la Orden de 1950; pero *no recoge la norma de su artículo 1*, que era la que permitía que se pactase que la determinación del saldo de crédito, por parte de la entidad acreedora, *"hará fe en juicio y surtirá todos los efectos legales pertinentes*, y a ella se someterá el deudor, los fiadores y los avalistas si los hubiere".

Por desgracia, tan ilegal doctrina preconstitucional sigue intentándose aplicar en la práctica, pues incluso en minutas hipotecarias (tan estereotipadas a veces como las pólizas impresas) se siguen introduciendo pactos en que se leen (con asombro y pena antes de la tachadura justiciera) frases como la de que "la certificación bancaria del saldo deudor hará prueba plena en juicio, obligándose el deudor a estar y pasar por ella a todos los efectos legales".

¿Qué decir cuando, *ad maiorem*, se intenta que por certificación unilateral del acreedor pueda acreditarse nada menos que el nacimiento de una obligación que, al pactarse, era futura? El pacto se da en la práctica, y la opinión deplorable que me merece desde el punto de vista jurídico la tengo expresada en el segundo de los trabajos antes citados. Perdónese me nuevamente la autocita, en este caso justificada en méritos a la brevedad.

Termina el FJ 2.º colocando otro de los linderos a los que artículo 1.435.4.º LEC debe limitarse, diciendo que:

"En claro contraste con dicho precepto, *nada hay en el precepto legal aquí cuestionado que excepcione la aplicación de las reglas generales sobre prueba de aplicaciones*, incluidas las que reparten la carga de la prueba a partir del artículo 1.214 del Código Civil o las que especifican el valor y fuerza probatorias que despliegan los *documentos privados*, tanto en general (art. 1.228 CC) como en relación con los libros y documentos *contables de los empresarios* (regulado antes por el art. 47 y concordantes del CCom, y en la actualidad por su art. 31 y concordantes, según la redacción de la Ley 19/1989, de 25 de julio). No cabe, por tanto, compartir la opinión expresada en varios de los autos judiciales de que el artículo 1.435 LEC viene a exigir al demandado *una prueba imposible o diabólica*, lo que, si así fuera, ciertamente la causaría indefensión por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa (SSTC 4/1982, FJ 5.º; 95/1991, FJ 3.º, y 227/1991, *in toto*)".

Evidentemente, la certificación de la entidad de crédito sigue siendo un simple *documento privado*, sin más valor probatorio que el legalmente reconocido a los mismos.

Precisando el carácter de tal certificación de saldo, el FJ 3.º de la *sentencia* comienza precisando que las muy varias operaciones asentadas en cuenta, unas realizadas por la entidad, otras por el cliente, están "formalizadas en una pluralidad de documentos distintos a los libros de contabilidad, por lo que en caso de controversia sobre la realidad, fecha, cuantía o cualquier otro extremo relevantes de las operaciones entrelazadas en la cuenta corriente son *susceptibles de prueba sin dificultades especiales*. Prueba cuya carga recaerá, ora sobre la entidad financiera

acreedora, ora sobre su cliente, *de conformidad con las reglas comunes*... Este rechazo al automatismo y a la rigidez y la apertura de un amplio portillo a toda posibilidad de prueba lleva al TC a sentar a continuación la importante doctrina siguiente:

"El párrafo cuarto del artículo 1.435 LEC *no restringe la potestad judicial para recibir el pleito a prueba*. Por el contrario, el artículo 1.469 de la propia Ley procesal fuerza a abrir período probatorio cuando cualquiera de las partes del juicio ejecutivo lo pidiera, coartando así en favor de las posibilidades probatorias de demandante y demandado las facultades ordinarias del Juez para acordar lo que proceda (art. 550 LEC). La norma cuestionada *tampoco merma las facultades del Juez para valorar las pruebas practicadas* ni para apreciar a quién se le siguen las consecuencias desfavorables de no levantar la carga de probar lo que le incumbe. Tal y como afirma con razón el Abogado del Estado, *si el cliente de la entidad niega con un mínimo de seriedad o verosimilitud la cuantía de la suma reclamada o incluso la existencia o la exigibilidad de la deuda*, ni el artículo 1.435 ni ningún otro precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil *obligan al Juzgador a dar por probada la deuda* reclamada por la entidad acreedora. Como declaramos en la STC 118/1989, el Juez deberá adoptar en sentencia alguno de los fallos reseñados en el artículo 1.473 LEC, pero habrá de hacerlo con arreglo a los hechos que estime hayan quedado probados. De este modo el Juez podrá fallar que siga la ejecución adelante, en los términos solicitados por el acreedor, si la oposición formulada por el deudor careciera de verosimilitud o si la entidad acreedora hubiera ofrecido una prueba suficiente de los hechos determinantes de su reclamación; pudiendo liberar del pago de las costas al demandado si la entidad de crédito hubiera incurrido en plus de petición, como dispone el artículo 1.474, párrafo 1.º, LEC, cuya dicción no permite entender alteradas las reglas generales sobre carga de la prueba. Por el contrario, *si el Juez estima que la existencia de la deuda o su cuantía exacta no han quedado acreditadas, puede fallar que no ha lugar a pronunciar sentencia de remate o bien declarar, en su caso, la nulidad del juicio*, con las distintas consecuencias en materia de costas previstas por el artículo 1.474 LEC.

En consecuencia, la norma cuestionada no consagra un privilegio probatorio en favor de las entidades de crédito que contraría el artículo 14 de la Constitución, pues no invierte la carga de la prueba ni otorga a la contabilidad de las mismas el carácter de documento público. Y tampoco priva al deudor de un proceso con todas las garantías probatorias ni lo sume en indefensión por exigirle una pretendida prueba diabólica o imposible, lo que, si ocurriera, sería sin duda contrario a los apartados 1 y 2 del artículo 24 de la Constitución".

De modo expreso, y como no podía ser menos de ser, se proclama, pues, la potestad judicial para recibir todas las pruebas, apreciarlas en Derecho sin automatismos ni privilegios y fallar en consecuencia.

El FJ 4.º advierte que "las afirmaciones anteriores descansan sobre la hipótesis de que *el demandado se persone* en el procedimiento y formule oposición, pues *si así no fuera* los Autos son traídos sin más trámite a la vista del Juez para sentencia y, por consiguiente, sin recibir el proceso a prueba (arts. 1.462 y 1.463, *in fine*)"...

Desde esta estricta *perspectiva de la prueba*, "la ausencia del deudor en el proceso, o su silencio, obliga a efectuar *dos reflexiones sucesivas*":

a) Una de carácter general, consistente en que se sigue la regla de los demás procesos: cuando se controvierten derechos disponibles por sus titulares, la dejación o silencio de éstos produce consecuencias de orden probatorio. Ahora bien, al no producirse en los ejecutivos la excepción de cosa juzgada (art. 1.479), el Juez, con plena justificación legal, puede fallar favorablemente una demanda donde hay apariencia de buen derecho "cuando el demandado no se toma siquiera la molestia de comparecer y de oponerse".

Efectivamente, es un hecho que todos podemos comprobar en la práctica que en el 99 por 100 de los casos al deudor se le ejecuta sin comparecer y, por tanto, sin ninguna asistencia letrada, lo cual, aparte las lógicas consecuencias procesales, ha traído consigo la escasez de jurisprudencia acerca de los trámites iniciales de los procedimientos ejecutivos (y algún "trágala" favorecido por la congestión...).

b) Todo ello no obstante, el TC formula en la segunda reflexión anunciada una importante *advertencia* (una más de la que está impregnada la enjundiosa sentencia que comentamos), diciendo que:

"Donde estriba el peligro que los órganos judiciales han advertido es, obviamente, *en la brevedad del plazo* que la regulación vigente del juicio ejecutivo prevé para la personación del deudor —tres días, como regla general— y en la posibilidad de que *la citación se lleve a cabo por edictos*. *Estos dos aspectos problemáticos, pero colaterales al precepto cuya constitucionalidad está aquí cuestionada*, se entreverán con los que, referidos *stricto sensu* al objeto de este proceso, se analizarán más adelante desde la óptica del derecho a un proceso con todas las garantías. *Baste por ello ahora con concluir que la norma legal cuestionada no surte por sí sola efecto probatoria alguno*, por lo que *mal puede invertir* las reglas que distribuyen *la carga de la prueba* entre las entidades de crédito y sus clientes, *ni exigir de éstos la prueba de hechos negativos ni sumirlos en indefensión por la brevedad del plazo de prueba*, cuya preclusión sin que

se hayan propuesto o practicado las pruebas precisas para acreditar los hechos litigiosos redundará en perjuicio de la parte ejecutada o de la ejecutante, según proceda".

Termina el *FJ 4.º* afirmando que el "juicio de constitucionalidad ha de ceñirse, pues, al efecto propio del precepto: permitir a los bancos y otras entidades financieras que realicen sus créditos a través del juicio ejecutivo..." Por supuesto que, como se desprende la doctrina hasta ahora examinada, con plena juridicidad y sin que el artículo 1.435 LEC, tal como lo interpreta el TC, pueda significar una "patente de corso" ejecutiva, según seguiremos viendo.

El *FJ 5.º* de la sentencia estudia el precepto cuestionado desde el punto de vista del *principio de igualdad*, afirmando al efecto que:

"El artículo 14 de la Constitución impide sólo las diferencias de trato legislativo que carezcan de justificación objetiva y razonable". Y desde este punto de vista, las diferencias que median entre las entidades de crédito, de un lado, y los restantes acreedores, de otro, "son suficientes para justificar que el legislador establezca en favor de las primeras un régimen procesal especial que facilite la realización de sus créditos". Habida cuenta, según el TC, de las normas de supervisión administrativa que encabeza la Ley de Disciplina de 29 de julio de 1988."

Cabe apostillar, en mi humilde opinión, que si efectivamente se aplican y dan resultado práctico.

Por otro lado, y con argumento que ya hemos examinado al principio, al encuadrar la *sedes.materiae*, "el artículo 1.435 LEC no facilita la ejecución de cualesquiera derechos de crédito de que sean titulares los bancos y otras entidades financieras. El precepto restringe su alcance a los contratos mercantiles que... implican la existencia de una situación de cuenta corriente entre las partes, único contexto en el que cobra sentido la regulación de operaciones de liquidación y de certificación de saldos".

Advierte finalmente el TC, en el indicado *FJ 5.º*, que "cosa distinta es determinar si tal diferencia de trato, que comporta innegables ventajas procesales a la entidad acreedora, resulta proporcionada al legítimo fin perseguido...", cuestión que se desarrolla en los *FJ* posteriores.

El *FJ 6.º* de la sentencia que comentamos centra las dudas de inconstitucionalidad planteadas en relación a la eventual *indefensión* del ejecutado y, "en concreto, en dos medidas judiciales, propias del juicio ejecutivo, que son harto distintas. Por una parte, está el embargo de los bienes del deudor, que de acuerdo con el artículo 1.440 ha de ser decretado a espaldas de éste; la declaración unilateral del banco o entidad financiera es bastante

para determinar la existencia de la deuda y para cifrar la cuantía por la que se ha de despachar la ejecución. Por otra parte, una vez trabados los bienes del deudor en número bastante y dictada *sentencia de remate*, puede tener lugar su venta judicial forzosa para hacer pago de la deuda unilateralmente declarada por el Banco"... Ambas decisiones mencionadas —el embargo y la sentencia de ejecución— "dan lugar a problemas distintos que demandan un examen asimismo diferenciado".

Por lo que respecta al *embargo*, establece el FJ 7.º la doctrina siguiente:

7. Como ya se ha dicho, *el embargo preventivo es decretado "inaudita parte debitoris"*, pero ello no puede merecer reparo de *inconstitucionalidad*, pues en sí misma considerada la orden de embargo no es más que una medida *cautelar*, cuya misión no requiere una plena certeza del derecho provisionalmente protegido ni es forzoso tampoco que se oiga con antelación a quien la sufre (ATC 186/1983). Es más, la audiencia previa del afectado podría perjudicar en muchos supuestos la efectividad de la medida cautelar, y siempre en detrimento de su eficacia, lo cual podría llegar a menoscabar el derecho a tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24 de la Constitución, pues la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso.

No cabe olvidar, de otro lado, que *la decisión de trabar los bienes del deudor se encuentra sujeta a dos garantías* que impiden asimismo hablar de indefensión. En primer lugar, se requiere una *apariencia de buen derecho*, acreditada documentalmente en un título ejecutivo que permita entender inicialmente justificada la interferencia en el patrimonio del demandado. No resultaría exacto afirmar que esa apariencia viene suministrada exclusivamente por la declaración unilateral de la entidad de crédito, pues en el origen de su derecho de crédito se encuentra siempre un contrato suscrito por las partes e intervenido por fedatario, cuyo original debe ser aportado con la demanda ejecutiva y que hace fe de la existencia de una relación jurídica entre la entidad demandante y el demandado, así como de sus caracteres esenciales. Es cierto que la mera existencia del contrato no determina la existencia de deuda, y menos aún de cuantía líquida, una vez calculados y sumados los intereses devengados y deducidas las cantidades anotadas en favor del cliente. Sin embargo, puede ser considerado suficiente para acreditar una apariencia de buen derecho *digno de una tutela judicial preventiva inmediata*. De ahí que el artículo 1.400 LEC permita con carácter general que se adopten embargos preventivos cuando la solicitud se acompaña de "un documento del que resulte la existencia de la deuda", siendo siempre suficiente la aportación de uno de los títulos

ejecutivos enumerados por el artículo 1.429, de acuerdo con lo que dispone el artículo 1.401.

En segundo lugar, el embargo es decretado por cuenta y riesgo de la entidad financiera acreedora. Es cierto, como subraya el Juzgado de Valls, que la mera traba de los bienes trae consigo perjuicios al ejecutado. Pero tampoco puede ignorarse que si el embargo fuera infundado y se dictara luego un fallo que declarara no haber lugar a pronunciar sentencia de remate, todas las *costas del proceso*, conforme a lo dispuesto por el artículo 1.472.2 LEC, deberán ser sufragadas por la entidad demandante, la cual deberá responder entonces de los *perjuicios* causados por el embargo preventivamente decretado a su solicitud, como regulan con carácter general los artículos 1.413 y 1.418 de la Ley procesal civil.

Las anteriores cautelas legales sirven de contrapeso razonable a las facultades otorgadas al actor, quien ciertamente puede obtener mediante una petición unilateral el embargo de los bienes del demandado, de valor suficiente para cubrir la cantidad inicialmente señalada por él mismo de forma igualmente unilateral, sin previo contraste con las razones y pruebas del deudor. Pero ello a sabiendas de que deberá arrostrar todas las responsabilidades que se deriven del embargo si éste resultara infundado. Siendo ello así, es razonable entender que los derechos e intereses legítimos del demandado en un juicio ejecutivo, en virtud de una reclamación apoyada en el precepto legal cuestionado de que ahora nos ocupamos, no quedan judicialmente desprotegidos ni indefensos.

Continúa el *FJ 8.º* de desarrollo de la tesis que "las observaciones que anteceden son también válidas para los supuestos en que el demandado no haya formulado oposición. Y lo son porque la apariencia de buen derecho es examinada *de oficio por el Juez* en el trámite de admisión de la demanda...: el artículo 1.435 no solamente no impide al Juez ese control inicial ni lo relega a un examen impracticable o imposible, sino que le ofrece la posibilidad de contar con el imprescindible auxilio técnico"... que el TC, con cierto optimismo, a mi modesto juicio, centra en el "documento fehaciente" en que consta la certificación bancaria... Y recogiendo el argumento del Abogado del Estado, se afirma a continuación que "son los órganos judiciales quienes habrán de interpretar el alcance que haya de darse a la tarea de acreditamiento de los extremos señalados por la Ley... para poder efectuar el examen inicial que exige el artículo 1.440, control judicial que incluye el particular de la liquidez (art. 1.467.2, *in fine*). La realización de dicho control no requiere del Juez conocimientos contables, de matemática financiera o incluso de informática, como se declara en algunos de los Autos de planteamiento, pues no se trata de decidir si la pretensión de ejecución está fundada, lo que pertenece a la sentencia, sino de efectuar un control inicial de admisibilidad de dicha pretensión".

Un brevísimo comentario a los FJ anteriores permite afirmar que la apelación a los controles administrativos a que están sometidos las entidades de crédito a la posible imposición de costas, así como a la intervención de fedatario son, sin duda, un tanto colaterales, ajenos al núcleo esencial de la cuestión. Así parece entenderlo también el Magistrado DE LA VEGA BENAYAS, que en su voto particular, tras afirmar que está "conforme con gran parte de la sentencia en cuanto desarrolla la teoría general del proceso ejecutivo y sus peculiares características", cree no obstante justificadas las dudas de inconstitucionalidad de los Jueces, "hasta el punto de que habría de haberse llegado a declarar la inconstitucionalidad parcial de la norma cuestionada o a ser interpretada según la Constitución".

Basa su opinión en que:

a) La determinación del *quantum* de la deuda es un acto unilateral de la parte acreedora, sin intervención del otro contratante deudor, que le va a permitir nada menos que obtener un despacho de ejecución. Con ello se incoa un proceso que constriñe al deudor a defenderse "ya no sólo como demandado, sino como cuasi actor al gravar su *onus probandi*, primero para desvirtuar la presunción de la exigibilidad de la deuda en la cuantía así fijada (cuando de habersele oído, como prevé el art. 153 LH para un supuesto semejante, aunque no idéntico, podría evitarse esa carga) y luego para poner otras excepciones (pago, no exigibilidad, plus petición) en términos perentorios y con medios no disponibles (la documentación está en poder de la acreedora)".

b) "La desigualdad en la Ley que aquí se opera (art. 14 CE) lo es activa y pasivamente desde las dos vertientes: acreedora y deudora"; desde la primera, porque constituye "un privilegio otorgado a las entidades de crédito, cuya justificación no es tan clara como se intenta probar con los argumentos de la sentencia". Desde el lado pasivo, el trato que establece el artículo 1.435 "difiere del previsto para los deudores en documento privado (arts. 1.430 y sigs. LEC), en el cual se prevé la comparecencia judicial de aquellos para confesar y reconocer la firma, *como necesario para conformar el título y despachar la ejecución*".

c) A continuación, estableciendo la comparación con el artículo 153 LH, en el que precisamente se apoya para buscar esa vía integrativa e interpretativa que permita superar las dudas de constitucionalidad del artículo 1.435, afirma que el trato conferido por el mismo "también difiere del trato conferido a los deudores con *hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito*. Aquí la Ley (art. 153.5.º LH) prevé, para proceder a la ejecución, la *notificación judicial o notarial al deudor del extracto de la cuenta, y a éste alegar*, en los ocho días siguientes, error o falsedad. No es exactamente igual la situación de acreedores y deudores en los distintos

supuestos, pero *sí constituye esa regla del artículo 153 LH una garantía para el deudor* perfectamente aplicable sin repugnancia jurídica alguna al supuesto del artículo 1.435.4.º *interpretando integrativamente* esta norma, como también pudiera haber hecho la mayoría, en lugar de declararla constitucional. *De no ser así*, el artículo 1.435.4.º permanecerá como una *muestra no muy ejemplar de desigualdad procesal*, pues tampoco es convincente el argumento de la libertad contractual referido al deudor que pacta con la entidad acreedora ese modo de fijar la cantidad líquida exigible. No es muy afortunado hablar de la libertad para evitar o justificar la posible desigualdad en situaciones encajables en los llamados contratos de adhesión".

Con todo, es necesario destacar que el FJ 8.º de la sentencia que comentamos termina formulando una **ADVERTENCIA** de grueso calibre y de enorme importancia práctica: "EN CUALQUIER CASO, NADA RESULTA MAS ALEJADO DEL TEXTO LEGAL QUE EL *DESPACHO A UTOMATICO* DEL MANDAMIENTO DE EJECUCIÓN (y del consiguiente embargo) PARA HACER EL PAGO DE SUMAS DETERMINADAS UNILATERALMENTE POR LA ENTIDAD ACREEDORA Y HUÉRFANAS DE TODA EXPLICACIÓN Y JUSTIFICACIÓN".

Esta importantísima monición del TC nos recuerda, en parte, a la contenida en la STS 41/1981, de 18 de diciembre, como antes vimos, relativa al procedimiento sumario hipotecario; en ella se decía que "la defensa frente a las pretensiones del acreedor no solamente están garantizadas por el declarativo ordinario, sino que lo están también durante la vida de la hipoteca, por lo que se puede *llamar procedimiento registral...*, con las *garantías registrales* que la Ley concede al deudor para iniciar en el nacimiento, subsistencia y extinción del título".

La razón de la coincidencia apuntada entre ambas consideraciones jurisprudenciales radica, a mi juicio, en que en Derecho es necesario evitar los automatismos que se pretenden en los ejecutivos (aparte la rapidez). Y así como en la sentencia que comentamos la advertencia se dirige al Juez, en la de 1981 se dirige en realidad al Registrador, conductor del llamado "procedimiento registral", el cual, como no puede actuar en vía ejecutiva, debe hacerlo antes, preventivamente, por vía de calificación, en el momento de la inscripción de la hipoteca, por lo cual ésta nace a la vida del Derecho. Y a través de tal calificación, excluir aquellos pactos que fomenten la desigualdad de las partes o causen indeterminación o no sean adecuados a la naturaleza del tipo hipotecario que se inscribe. En definitiva, aplicar esas "*garantías registrales*" que prevé el Tribunal Constitucional.

A continuación, el FJ 9.º estudia la segunda fase del procedimiento, *la sentencia*, desde el punto de vista de las *garantías procesales esenciales*.

Comienza el TC afirmando que "la limitación de los medios de oposición a los que taxativamente enuncian los artículos 1.464, 1.466 y 1.467 LEC... *no causa indefensión al deudor*"...

A continuación, y curiosamente (en cuanto es la única comparación desventajosa que sufre el art. 153 LH por parte de todos los que intervinieron en los Autos), también dice que "el abanico de excepciones y motivos de nulidad que ofrecen (los preceptos anteriormente citados)... *es superior*, por lo demás, al permitido en *el proceso de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH*, en que se encuadra su artículo 153, y cuya constitucionalidad venimos manteniendo desde la STC 41/1981".

Razona el TC tal aserto así: "Las *excepciones y motivos de nulidad que brinda la LEC* en el juicio ejecutivo *permiten, en efecto, discutir con toda amplitud la liquidez* de la cantidad reclamada, así como la eventual *plus petitio* en que hubiera podido incurrir la entidad crediticia al cuantificar su reclamación. Es pertinente observar a este propósito que *esa controversia cuantitativa no queda limitada a las causas de error ofalsedad a que se refiere el artículo 153 LH*, y queda igualmente zanjada por resolución del Juez tras oír a las partes. *La diferencia* es que en el juicio ejecutivo el Juez oye a las partes en una vista celebrada después del período probatorio, en cuyo transcurso cabe aportar todo tipo de pruebas, mientras que en la comparecencia que introduce el artículo 153 LH en algunos juicios hipotecarios sólo se contempla la presentación de documentos en el acto, régimen sin duda más severo que el que suscitan las presentes cuestiones de inconstitucionalidad. Y, por otra parte, la Ley procesal civil no deja de establecer un contrapeso *garantizador* al prescribir que el exceso en la cantidad reclamada puede hacer perder a la entidad financiera acreedora el derecho a que las costas del proceso las abone el demandado; no sólo eso, sino que si los errores u oscuridades de cálculo fueran de tal entidad que impidieran entender que la cantidad reclamada era realmente líquida, la Ley dispone que procede la nulidad del juicio y, en su caso, la imposición de las costas al actor o funcionario responsable (art. 1.474). Sin que la inicial determinación de la liquidez (*ex art. 1.435*) altere en nada el juego de estas garantías objetivas de prevención y reparación de eventuales abusos".

Rechaza a continuación el TC que la llamada "inversión del contradictorio" cause indefensión si el deudor se persona y formula oposición. En cuanto al peligro de la brevedad de los plazos, cuatro días para alegaciones y diez días para proponer y practicar pruebas (incluso más breve que en los juicios verbales); asimismo se despacha la cuestión afirmando que "la

preclusión del término probatorio no perjudica necesariamente al deudor, sino a la parte sobre la que pesa la carga de probar"... y que en todo caso tal brevedad de los plazos es "ajena a la validez del precepto cuestionado, quedando, por tanto, fuera del objeto de este proceso".

Se plantea nuevamente, en el *FJ 10*, el problema de que el deudor permanezca ausente del proceso, considerando que "es razonable que la Ley no haga depender la tutela judicial que se debe dar a los acreedores del hecho de que los deudores demandados comparezcan y actúen efectivamente en el proceso"... pues "la garantía procesal que exige la Constitución para evitar la indefensión consiste ante todo en que se ofrezca a la parte la oportunidad de ser oída".

Ello no obstante, vuelve a insistir en que "*hay dos aspectos que justifican la preocupación*: el primero hace referencia a la *brevedad del plazo* que la Ley ofrece al deudor para personarse y oponerse a la ejecución (tres días útiles, según el art. 1.461)". A tal efecto, declara:

No es difícil, sin embargo, disipar las dudas que cupiera albergar acerca de la suficiencia del plazo legal si se tienen *en consideración dos factores*. El primero es que *en la cédula de citación de remate* el Juzgado debe hacer constar "el negocio en que haya recaído" la providencia de citación, "el objeto de la citación" y la prevención de los perjuicios, que se pararán si no compareciese el demandado (arts. 1.459 y 272 LEC). *Un cumplimiento adecuado de este importante deber judicial debería ser suficiente en circunstancias normales* para que toda persona, aun lega en Derecho, entienda la trascendencia y la fugacidad del plazo iniciado contra él. Por lo demás, es claro que los posibles incumplimientos de tales contenidos de la cédula de notificación pueden ser reparados a través de los correspondientes recursos, incluido el de amparo, sin que, como es reiterada doctrina de este Tribunal, el temor al incumplimiento de una norma implique en modo alguno su inconstitucionalidad.

El segundo factor se refiere a que los efectos del juicio ejecutivo no revisten la fuerza de cosa juzgada (art. 1.479 LEC), por lo que el ejecutado puede siempre fielmente defenderse asumiendo la condición de demandante contra el anterior ejecutante (ATC 516/1985). *Es verdad que*, como señalan los órganos judiciales cuestionantes, *la jurisprudencia ha restringido considerablemente las posibilidades del ulterior juicio declarativo*, pero no puede negarse que dicha jurisprudencia *nunca ha impedido* que quien, sin incurrir en negligencia, no gozó de una oportunidad razonable para defender sus legítimos intereses en el seno del juicio ejecutivo, *pueda desarrollar dicha defensa* en el marco de un posterior proceso declarativo ordinario, según permite el citado artículo 1.479 LEC. *Posibilidad legal que hoy se ve solemnemente respaldada por el artículo 24 de la Constitu-*

ción al proscribir que nadie pueda quedar indefenso ni verse impedido de tomar parte en un proceso con todas las garantías para la tutela de sus derechos.

En cuanto al otro aspecto considerado "preocupante", a mi juicio de mayor gravedad, pues todo el mundo está percatado de la nula eficacia publicitaria de los edictos en medios oficiales, el TC expone, al final del citado *FJ 10*, que:

El último problema que desde la perspectiva del artículo 24 de la Constitución suscitan los órganos judiciales se refiere a la posibilidad de que *el cliente de la entidad de crédito sea emplazado por edictos*, lo que conducirá normalmente a que *no comparezca en el juicio ejecutivo*. En efecto, cuando no es conocido el domicilio del deudor o se ignora su paradero, la Ley prevé que se procede al embargo de sus bienes sin hacer previamente el requerimiento de pago (art. 1.444) y que luego se le cite de remate por medio de edictos, concediéndole un término de nueve días para que se persone en autos, transcurridos los cuales se le declara en rebeldía y se traen los Autos para sentencia sin más trámite (arts. 1.460 y 1.462).

Es evidente que *este modo de proceder abre riesgos de indefensión* para el deudor, quien puede verse privado en la práctica de participar en la designación y avalúo de los bienes objeto de embargo, de hacer oír su oposición a la ejecución y, en su caso, de participar en la subasta. Ahora bien, *este problema tiene un alcance más general* y es, en rigor, *ajeno al precepto que es objeto de las presentes cuestiones* y de cuya constitucionalidad hemos de decidir en este proceso. Puede afirmarse, no obstante, que la situación del deudor que no es requerido de pago ni citado personalmente de remate no se ve empeorada en modo significativo porque la cantidad que se le reclama provenga del saldo liquidado unilateralmente por una entidad de crédito en la forma que contempla el párrafo cuarto del artículo 1.435 LEC. Y no se ofrece razón o dato alguno en los Autos que induzca a pensar de otra forma.

En la argumentación de estos Fundamentos Jurídicos (9.º y 10 de la Sentencia) no dejan de obsearse algunos titubeos, por así decirlo; ante los problemas de la brevedad de los plazos o el emplazamiento por edictos, que traen como consecuencia la incomparecencia (con posible indefensión) del deudor, el TC tiene que advertir que la "cuestión es ajena a la validez del precepto cuestionado, quedando, por tanto, fuera del objeto de este proceso"... Dicho sea sin la menor crítica, pues es evidente que el TC, ante una cuestión de posible inconstitucionalidad, sólo puede actuar como legislador "negativo", nunca como positivo, aunque certeramente apunte de pasada al legislador ordinario la necesidad de adaptar de una vez por

todas la LEC a la legalidad postconstitucional; pero de modo profundo, sin los "párcheos" y voluntarismos parciales al uso. En este sentido, cabe remitirse una vez más al voto particular del Magistrado DE LA VEGA BENAYAS, recordemos que propugnador de una interpretación integrativa del artículo 1.435 (para lo cual, a mi modesto juicio, hay base suficiente en la sentencia), quien de modo muy técnico afirma:

e) También los Jueces tienen razón cuando dudan de la constitucionalidad del artículo 1.435.4.º LEC en relación con el artículo 24 CE.

El argumento —a primer a vista atrayente y tranquilizador— de que la certificación unilateralmente hecha por la entidad acreedora no es más que una presunción, un principio de prueba sólo apto para permitir el despacho de ejecución, puesto que todo estará luego sujeto a la posterior prueba y decisión judicial definitiva, tampoco vale ni elimina el reproche.

Sigue diciendo, en contra-argumentación:

"Naturalmente que *esa certificación es provisional*, ya que si no fuera así sobraría todo el sumario juicio ejecutivo, convertida aquélla en título de ejecución sin *cognitio* (tal una sentencia judicial).

El argumento es semántico, innecesario. Ocurre que, admitida, como es lógico, la naturaleza provisional y contingente de la fijación del saldo, persiste el reproche de su unilateralidad y, por ende, su desprecio al principio de audiencia e igualdad de armas. A esa unilateralidad hay que añadir otra merma de garantía, que también resulta del defectuoso texto legal.

No es cierto, en ese sentido, que la Ley determine para la certificación la garantía de fe pública (notarial o mercantil del agente o corredor). La Ley habla de fehaciencia, lo cual no equivale a instrumento o documento público. Si todo documento público es fehaciente, no todo acto o documento es público o está adornado con la fe pública.

En suma, un acto unilateral, de una de las partes contractuales, sin las garantías formales de fe pública, con la sola mínima exigencia de un contrato en el que la parte más débil acepta aquella posibilidad, obtiene por parte de la Ley una *facultad desmesurada, desproporcionada*, en cuanto obliga al deudor a soportar un proceso sumario, de ámbito limitado y constreñido a probar con muchas dificultades su postura defensiva o sus excepciones. *Sólo esta facultad extraordinaria para una parte funda la ausencia de garantía para la otra. Ninguna dificultad ofrecería para el legislador prever un trámite de audiencia al deudor en la formación del título* (el ejemplo y contraste más claro es el art. 153 LH), que ni mermaría las garantías del acreedor ni, lo que es mejor, impediría el allanamiento, evitando el proceso. *Y si no el legislador, creo que la mayoría podría haber llegado a esa solución interpretativa*".

Reitera, para el supuesto conflictivo, que: "Cabría añadir, por último, otra consecuencia injusta. Me refiero a los *supuestos de ausencia o rebeldía*, en los cuales el sistema del artículo 1.435 supone la admisión del efecto de un *verdadero proceso monitorio*, es decir, embargo y ejecución sin audiencia, circunstancia que en las legislaciones que ya regulan el proceso monitorio se excluye terminantemente. Nuestra legislación no ha establecido aún esa clase de proceso y en los proyectos existentes también se excluye el supuesto de la rebeldía".

Para concluir su voto particular diciendo que: "*Entiendo, pues, que existe indefensión del deudor y merma de garantías procesales, por lo que el artículo 1.435.4.º LEC o debió ser declarado inconstitucional o bien interpretado integradoramente en la forma expuesta. Persistiendo su vigencia y validez, no puede ser considerado como un ejemplo de garantías para un proceso constitucionalmente correcto*".

Nada que añadir por parte de este modesto comentarista, salvo reiterar, si así se entiende por todos, que hay suficiente base para esa solución interpretativa que postula el ilustre Magistrado.

Finalmente, el Tribunal dedica los FJ 11 y 12 a examinar la cuestión relativa a la defensa del consumidor (art. 51.1 CE), y recogiendo en gran parte los argumentos del Abogado del Estado antes examinados, afirma, en síntesis:

1) Que el artículo 51.1 CE "enuncia un *principio rector* de la política social y económica y no un derecho fundamental", sin perjuicio de tales normas de defensa, "deben informar la legislación positiva y la práctica judicial (art. 53.3 de la Constitución)".

2) Que las normas de la Ley General 26/1984, especialmente sus artículos 10 y 13, "son ajenas a los juicios ejecutivos iniciados por las entidades de crédito contra *empresarios o comerciantes*", pues tales normas sólo se aplican a las "personas, físicas o jurídicas, que utilizan o disfrutan los servicios bancarios como *destinatarios finales*".

3) Que el artículo 1.435 LEC no es contradictorio con la Ley de Defensa del Consumidor; sólo lo sería si "se entendiera que el pacto de liquidez que... prevé conllevara una inversión de la carga de la prueba, explícitamente prohibida por el artículo 10.1.8.º de la LCU". Pero el artículo 1.435 no puede ser interpretado así: el TC vuelve a reiterar que se limita a estimar "líquida" la cantidad reclamada, pero "no a estimar veraz, y ni siquiera probada, la cantidad determinada unilateralmente por la entidad de crédito".

4) En definitiva, reconduce la cuestión al interior del propio juicio ejecutivo, afirmando que: "Asimismo, resulta claro también que el *pacto*

que autoriza el artículo 1.435 LEC puede ser plasmado de distintas formas, todas las cuales deberán cumplir los requisitos de *claridad, documentación y buena fe que explicitan los diversos preceptos de la Ley 26/1984*. Preceptos que, según lo dispuesto en los artículos 51.1 y 53.3 de la Constitución, *no pueden ser considerados como meras declaraciones de buenos propósitos, sino como normas jurídicas* cuyos mandatos deben *informar la actuación judicial* y pueden ser alegados por las partes en todo tipo de procesos, incluidos los juicios ejecutivos. Ello significa que *en estos procesos ejecutivos los Jueces* habrán de dictar sentencia, *bien denegando el remate* de los bienes embargados, *bien anulando el juicio* en los supuestos previstos por la Ley (arts. 1.464.1 y 1.467.1 y 2 LEC); casos éstos que pueden llevar igualmente *a denegar el despacho de la ejecución* si son apreciados por el Juez en el control *ex officio* que ordena el artículo 1.440 LEC, como vimos en su momento.

Resulta, pues, meridiano que ni el párrafo cuarto del artículo 1.435 LEC, *per se*, considerando aisladamente el precepto que enuncia su primer inciso, ni tampoco en cuanto se integra en la estructura peculiar del juicio ejecutivo, contradice en modo alguno las determinaciones dictadas por el legislador para la protección, entre otros, de los usuarios de los servicios bancarios, ni niega o coarta las facultades judiciales para guardar y hacer guardar tales determinaciones".

Cabe observar, no obstante, que ese principio informador de la defensa del consumidor, no obstante su categoría constitucional y su plasmación en una Ley específica, es una de las "cenicientas" del sistema; orfandad propiciada por el propio ejecutivo, que desde 1985 está incumpliendo el mandato legal de publicar el oportuno Reglamento de desarrollo. Excusa además, pero simplemente eso, para que por la jurisprudencia no se le dedique en ocasiones la atención debida ni se extraigan sus consecuencias prácticas.

VI. EL FALLO Y CONCLUSIONES

En atención a todos los razonamientos jurídicos anteriormente examinados, el Tribunal Constitucional falla que "no ha lugar a declarar la inconstitucionalidad de la primera frase del párrafo cuarto del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la redacción de la Ley 34/1984, de 6 de agosto".

Con precisión absoluta, el fallo se concreta a la cuestión de constitucionalidad del específico precepto cuestionado. Pero erraría gravemente

quien se limitase a tal fallo como conclusión última de la sentencia que hemos venido comentando; se impone una relectura hacia atrás, pues es tal el cúmulo de advertencias y condicionamientos que el TC vierte acerca de tal precepto, que su interpretación y aplicación práctica ya no puede ser en el futuro lo que hasta ahora imperaba. Hasta el punto de que, a mi modesto juicio, se establecen las bases suficientes para esa interpretación "integrativa" propugnada en el voto particular. En breve recapitulación, que también es una lectura hacia atrás, al estilo hebreo, cabe destacar, como *conclusiones* más importantes (por supuesto, algo subjetivas, pero fundadas en la literalidad de la sentencia):

a) Que el párrafo 4.º del artículo 1.435 LEC restringe su aplicación, conforme a su inciso último, a lo que no sea materia hipotecaria ("cuentas corrientes garantizadas con hipoteca"), para las que existe normativa específica y de aplicación preferente, cuya constitucionalidad no ha sido sometida a debate aunque se utilice como término de comparación. En la práctica, sobre todo pacto en materia de hipoteca que no se apoye en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria.

b) Que aun dentro del campo que le es propio, el artículo 1.435 sólo puede tener aplicación dentro del marco específico del contrato de cuenta corriente, "único contexto en el que cobra sentido la regulación de operaciones de liquidación y certificación de saldos". Tal doctrina es, a mi juicio, perfectamente extrapolable, por identidad de *ratio*, al campo hipotecario para la debida interpretación del artículo 153 LH y, sobre todo, del confuso artículo 245 del Reglamento; no cabe aplicar el sistema de la certificación bancaria a situaciones que no son específicamente de contrato de cuenta corriente, sino de mera situación contable (o "reunión contable", como dijo ya la RDGR de 23 de diciembre de 1987) que, en la realidad, se da siempre en cualquier relación crediticia entre una entidad de crédito y sus clientes. Y todavía sería más aberrante pretender, como en ocasiones se ha pretendido en la práctica, aplicar tal sistema para acreditar unilateralmente la perfección de obligaciones futuras.

c) Que dinamitando todo el confusionismo, el TC separa rotundamente la cuestión de la "liquidez" con la de la "certeza" de la deuda: el artículo 1.435 únicamente supone, nos dice, que la cantidad fijada en la certificación "se tendrá por líquida (a los efectos de la apertura del ejecutivo, pero)... no significa que presuma que es cierta o verdadera" (con lo cual no se produce inversión de la carga de la prueba, sino que ésta se sujeta a las reglas generales). La certificación, por otra parte, no deja de ser "un documento privado", sin otra eficacia probatoria que la reconocida a los mismos en los artículos 47 CCom reformado y 1.228 CC. Por ello, "si el cliente de la entidad niega con un mínimo de seriedad o verosimilitud

la cuantía de la suma reclamada o, incluso, la existencia o la exigibilidad de la deuda, ni el artículo 1.435 ni ningún otro precepto de la LEC obligan al Juzgador a dar por probada la deuda reclamada por la entidad acreedora".

e) No hay restricción alguna, por tanto, a la potestad judicial, por cuanto "si el Juez estima que la existencia de la deuda o su cuantía exacta no han quedado acreditadas, puede fallar que no ha lugar a pronunciar sentencia de remate o bien declarar, en su caso, la nulidad del juicio"... Es más, la advertencia del TC en contra del "despacho automático" de la ejecución es rotunda, complementada a mayor abundamiento con las consecuencias previstas en el artículo 1.475.2.º LEC, expresamente citado en la sentencia.

f) La doctrina de los dos últimos puntos es perfectamente aplicable, en mi opinión, también a los ejecutivos hipotecarios: por ser doctrina general a toda ejecución y por ser la misma potestad judicial la que los preside (salvo, es obvio, el extrajudicial, actualmente en trance de revisión; veremos en qué términos). También, en base a la STC 41/1981, tan reiteradamente citada en ésta, a la propia actividad del Registrador, como conductor del procedimiento registral y dispensador de las garantías registrales. Garantías que descansan, como *prius*, en la calificación, control de legalidad esencial y preventivo; y además definitorio de la propia función registral. Que indudablemente ha de desplegar su eficacia en el mismo momento de nacer la garantía real de cualquier obligación, en forma tal que ningún pacto de ésta pueda atentar a los fundamentales principios de los artículos 14, 24 y 51 de la Constitución, tal como los desarrolla la sentencia que hemos intentado comentar.

CÉSAR GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA

Registrador de la Propiedad
De la Academia Asturiana de Jurisprudencia