

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 14/1992, DE 10 DE FEBRERO

Raquel Castillejo Manzanares
Area de Derecho Procesal
Becaria de Investigación
Universidad de Santiago

I. Introducción

El art. 1.429 LEC enumera los títulos que llevan aparejada ejecución entre los que se encuentran las pólizas originales de contratos mercantiles. Se trata de títulos complejos de naturaleza extrajudicial que necesitan para su perfección como título ejecutivo de determinados requisitos o documentos. Concretamente, y con independencia de que la obligación dineraria que contienen sea líquida o ilíquida, habrá de aportarse la póliza original del contrato mercantil intervenida por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio colegiado y la certificación expedida por dicho fedatario mercantil en la que se haga constar la conformidad de la póliza con los asientos de su libro-registro y la fecha de éstos (art. 1.429.6º). De ser la obligación ilíquida serán además instrumentos necesarios, a efectos de liquidez, según el art. 1.435.4º LEC, la certificación expedida por la entidad acreedora en la que se especifique la cantidad exigible ejecutable, y el documento fehaciente en el que un fedatario público acredite que se ha practicado la liquidación correspondiente a la póliza con arreglo a lo pactado en la misma, así como que el saldo a reclamar coincide con el de la cuenta abierta al deudor por la entidad acreedora. Estos dos últimos documentos no son pues requisitos indispensables para la perfección de la póliza como título ejecutivo, sino instrumentos necesarios cuando la cantidad a exigir no sea concreta y determinada.

El 1435.4º LEC regula así el procedimiento a seguir para que, en aquéllos casos en que la obligación contenida en una póliza bancaria

intervenida no sea líquida, pase a estar determinada a los exclusivos efectos del juicio ejecutivo. Precepto que en su origen (1) no daba solución a los acreditantes que en razón de una obligación ilíquida no satisfecha en el plazo convenido e instrumentada en póliza deseaban acudir al juicio ejecutivo. Pese a ello resultaba cada vez más habitual la formalización de contratos de crédito en cuenta corriente, de naturaleza consensual y tracto sucesivo, en los que a su término era preciso practicar por el acreditante una liquidación del saldo para conocer el monto de la deuda resultante. Practicada dicha liquidación surgía la necesidad de acreditar que el saldo resultante era el adeudado como cantidad cierta. Tal situación llevo a la práctica mercantil a idear una cláusula por la que el deudor reconocía como saldo debido al acreedor el que éste hiciese constar en una certificación basada en sus propios libros de contabilidad, reconociendo además la liquidez de dicha suma a los efectos del despacho de ejecución.

La habitualidad de este pacto tuvo su primer apoyo en el art. 153 de la Ley Hipotecaria en su redacción anterior a la reforma introducida por la Ley de 30 de diciembre de 1955, alcanzando prontamente la categoría de uso bancario, llegando a ser recogido en el art. 103 del Reglamento del Banco de España de 23 de marzo de 1948.

Poco después, para controlar esas facultades de las entidades acreedoras, y atender a las garantías de que necesariamente han de ser objeto los deudores, pero también en defensa del orden crediticio, apareció, como norma de interpretación del primitivo art. 1.435 LEC, la Orden del Ministerio de Justicia de 21 de abril de 1950.

La alegación ante los Tribunales de las cláusulas de pacto de liquidez y de la Orden de 21 de abril de 1950 tuvo lugar plácidamente a lo largo de más de treinta años, siendo a comienzos de los ochenta, en plena crisis económica, vigente la Constitución y con una democracia apenas estrenada,

(1) El art. 1.435 LEC establecía en su primogénita redacción que *"Sólo podrá despacharse ejecución:*

1º Por cantidad líquida en especie, que excediere de 250 pts.

2º Por cantidad líquida en especie, computándola a metálico, siempre que su valor excediere de 250 pts.

En ambos casos será preciso que hay vencido el plazo de la obligación...".

cuando comienza a cuestionarse su vigencia, constitucionalidad, y hasta su justicia intrínseca.

Sin embargo la cuestión quedó simplemente larvada, a la espera de que las anunciadas reformas procesales, tan necesarias y demandadas por la sociedad, introdujesen los cambios necesarios que permitieran eliminar la polémica. Quizás por ello en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil acometida en 1984 se introduce un párrafo cuarto al art. 1435, que viene a consagrar, ahora con rango de ley, las soluciones contenidas en la Orden de 1950 y en el Real Decreto 2.680/1982, el cual vino a extender la normativa de la citada Orden a los contratos instrumentados en escritura pública, facultando a los Notarios para fijar la cantidad debida cuando se hubiese pactado ese medio a efectos de acreditar la liquidez en juicio ejecutivo. Dicho párrafo provocó en los últimos años ciertas dudas de constitucionalidad a un buen número de jueces, que plantearon, en total, veinte "cuestiones de inconstitucionalidad" ante el Tribunal Constitucional.

II. Las cuestiones de inconstitucionalidad

La argumentación o razonamientos que sirvieron de base a las mencionadas cuestiones de inconstitucionalidad pueden sintetizarse en los siguientes términos:

- a) El párrafo cuestionado rompe la igualdad que establece el art. 14 CE, porque las Entidades de crédito, ahorro y financiación se ven privilegiadas en el cobro de sus créditos frente al resto de los acreedores.
- b) Quebranta igualmente la igualdad respecto al particular que contrata con las Entidades de crédito, en cuanto faculta a éstas para determinar unilateralmente la liquidez de las obligaciones derivadas de los contratos mercantiles que implican la existencia de una relación de cuenta corriente entre la Entidad y el cliente, a los efectos de constituir un título ejecutivo apto para que sea despachada ejecución en un juicio ejecutivo.

- c) Vulnera asimismo el art. 24.1 CE, en cuanto éste prohíbe la indefensión a la que el art. 1435.4º da pie posibilitando el despacho de ejecución y el embargo si no se paga como consecuencia de una cantidad líquida que resulta exclusivamente de las manifestaciones de la parte actora, sin oír al demandado. Es decir, produce un desequilibrio procesal que no se encuentra justificado en modo alguno y es irrazonable.
- d) También infringe el derecho a un proceso con todas las garantías contenido en el art. 24.2 CE, pues en el juicio ejecutivo hay una inversión de la posición de las partes en el proceso y también de la carga probatoria. El actor es quien tiene derecho a las últimas alegaciones y el término probatorio es normalmente insuficiente para demostrar que los cálculos del demandante no son correctos. Esto es, la limitación de las posibilidades de defensa inherente al juicio ejecutivo se convierte, con estos títulos, en imposibilidad de defenderse.
- e) Por último, el art. 1.435.4º LEC vulnera el principio general de defensa de los consumidores y usuarios recogido en el art. 51 CE, al invertir la carga de la prueba y dejar al arbitrio del Banco la determinación del importe de la deuda y su misma existencia.

A pesar de todas las tachas de inconstitucionalidad sostenidas por los jueces proponentes de las cuestiones, el Tribunal Constitucional en su sentencia 14/1992, de 10 de febrero, fija las bases que permiten una interpretación del citado párrafo conforme a los principios y derechos que el texto constitucional consagra.

III. Carácter ejecutivo y carácter probatorio

Los distintos Juzgados y Audiencias que plantean las cuestiones de inconstitucionalidad atribuyen al pacto de liquidez que se contiene en el párrafo 4º del art. 1.435 LEC desmesuradas consecuencias probatorias que a nuestro entender no existen, ya que según se dispone en el citado párrafo *“... la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en*

certificación expedida por la Entidad acreedora, aquélla se tendrá por líquida...". Es decir, en ningún caso dicha cantidad se tendrá por cierta y verdadera, sino que gozará de tal presunción a los meros efectos del despacho de ejecución.

Ello es así porque única y exclusivamente se requiere certificación emitida por la entidad acreedora en aquellos casos en que la cantidad a exigir no sea concreta y determinada; en caso contrario bastará para proceder al despacho de ejecución con la presentación de la póliza intervenida por fedatario mercantil y la certificación del mismo. A tal conclusión conduce la colocación sistemática del apartado 4º del artículo 1.435 dentro de un precepto destinado a reseñar las características de las obligaciones susceptibles de ejecución, y del apartado 6.º del art. 1429 dentro del propio art. 1429 donde se regulan los títulos ejecutivos.

En ese momento, es decir, al proceder el juez ha examinar los documentos presentados con la demanda para en base a ellos emitir auto despachando ejecución, no hay actividad ni eficacia probatorias, importando a esos efectos el título ejecutivo, su existencia y regularidad, no su posible valor probatorio, irrelevante en el inicio del proceso de ejecución.

Prueba y ejecutividad pues operan en campos diferentes, y si el Juez ha de examinar el título ejecutivo antes de despachar ejecución a su amparo no es para verificar a través de él la certeza o no del derecho que documenta, sino para constatar su regularidad formal y de origen y un contenido suficiente por incorporar cuantos datos condicionan el despacho de ejecución. Harto expresivo es el art. 1.440 LEC que restringe el examen judicial solo al título mediante una remisión a los números 1º y 2º del art. 1.467 LEC que no incluye a la obligación, cuya nulidad sin embargo si se contempla a efectos de posible oposición del deudor a la ejecución. Y también el art. 1.433 LEC, a cuyo tenor la negación de la deuda por el suscriptor del documento privado no impide la eficacia ejecutiva de éste si la firma es reconocida.

No obstante, y a pesar de que no se trata de alcanzar en este momento procesal la total convicción del juez sobre los hechos enjuiciados, de forma

que en ellos pueda fundar la resolución del pleito, si que se debe llegar a un principio de "prueba semiplena", es decir, a la producción en la conciencia del juez de una sensación de certeza mediante la cual llegue a adquirir un cierto grado de certidumbre, una idea de probabilidad sobre la verdad del hecho alegado. *"Esta clase de prueba, como señala Duran Brujas, es propia de las fases del proceso en los que todavía no hay que dictar sentencia definitiva, sino que es preciso adoptar algún tipo de medida provisoria o cautelar, a veces de forma urgente o perentoria, sin perjuicio de que en una fase posterior los medios de prueba plenos confirmen o desmientan los citados hechos, lo cual tendrá su reflejo en la sentencia final"* (2).

Así lo ratifica la propia letra del art. 1.435.4º LEC al utilizar la palabra *"que acredite"* en lugar de *"que pruebe"*, queriéndonos indicar que el objetivo inmediato de la demanda es obtener el inminente despacho de ejecución, para lo cual el Juez no precisa de una prueba plena sobre la cuantía de la deuda, debiendo bastar la información que aporta el dictamen pericial realizado por el fedatario público, ya que en todo caso, si el deudor no está de acuerdo con el montante de la deuda fijado en la certificación de la Entidad acreedora en virtud de la cual el Juez despacha ejecución, podrá proponer, dentro de las admisibles, las excepciones que crea convenientes en el incidente de oposición.

Sin embargo, en los orígenes del párrafo citado (Orden del Ministerio de Justicia de 21 de abril 1950) (3) la letra de la norma era otra, pues la certificación presentada por la Entidad acreedora hacia *"fe en juicio"* y

(2) DURAN BRUJAS, M., *"Notas sobre la modificación del art. 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 34/1984, de 6 de Agosto"*, BIMJ, núm. 1458, 1987, pág. 125.

En idéntico sentido las SSTs 29 de noviembre de 1975 (RA 4316); 20 de enero de 1977 (RA 95); y 19 de abril de 1978 (RA 1507).

(3) La Orden de 21 de abril de 1950 que interpretaba el art. 1.435 LEC disponía en su párrafo primero que:

"1. En las pólizas de crédito intervenidas por Agente de Cambio y Bolsa, o Corredor de Comercio colegiado, con o sin garantía pignoratícia que otorguen los Bancos, Cajas de ahorro o Sociedades de crédito, podrá convenirse que la determinación del saldo del crédito al día de su vencimiento, por la entidad acreedora, hará fe en juicio y surtirá todos los efectos legales pertinentes, y a ella se someterá el deudor, los fiadores y avalistas, si los hubiere"

surtía “*todos los efectos legales pertinentes*” y a ella se sometían “*el deudor, los fiadores y avalistas, si los hubiere*”. Esta atribución privilegiada que el legislador hizo a las Entidades de crédito respondía a un claro reconocimiento de la seriedad de éstas en la llevanza de sus contabilidades al emitir sus certificaciones, siempre que fueran estas últimas intervenidas por el Agente de Cambio y Bolsa o Corredor colegiado que intervino la póliza. En ese momento y hasta la reforma acaecida en 1984, la certificación sí que hacía prueba plena y así debía de apreciarla el Juez a fin de dictar sentencia de remate. Situación que no se mantiene tras la citada reforma, pues se trataba de un privilegio que podía llegar a conducir a verdaderas situaciones de indefensión.

En la actualidad, esta reducida conexión entre prueba y ejecutividad es únicamente fruto de que el documento ejecutivo tiene unas características de objetividad, y ofrece unas garantías de firmeza y permanencia del hecho que no se advierten en otros instrumentos de constatación, por lo que prudentemente el legislador no permite más soporte formal para el título ejecutivo que el documental. Es decir, esta especie de presunción legal de derecho a favor del ejecutante deriva de la propia naturaleza de este proceso, al cual se accede sólo sobre la base de determinados documentos que la ley considera especialmente fiables (4).

Una vez despachada ejecución y realizado el correspondiente embargo, si que es necesaria la aportación de pruebas tanto por el acreedor como por el deudor, en caso de que medie oposición de este último. En este momento no se alteran las reglas generales sobre reparto de la carga de la prueba invirtiéndolas a favor del Banco y en contra del particular, pues será suficiente con que el ejecutado niegue la existencia de la obligación o la cuantía de la deuda para que el Banco asuma en el proceso la carga de probar los hechos constitutivos de la obligación (5) y el demandado la

(4) Como explica ORTIZ NAVACERRADA, “*Consideraciones sobre el sistema de liquidación de pólizas y escrituras de crédito en cuenta corriente del artículo 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*”, Cuadernos de Derecho y Comercio, núm. 10, 1991, pág. 33, “*El Ordenamiento ha dotado de eficacia ejecutiva a determinados tasados documentos, al incorporar a ellos “una presunción legal de responsabilidad”*”.

(5) El Código de Comercio y el Reglamento de Corredores atribuye a la póliza intervenida que la entidad acreedora presenta los siguientes efectos probatorios: Hace fe del hecho

carga de la prueba sobre los hechos extintivos, impositivos o excluyentes (6).

IV. El embargo decretado sobre la base de la declaración unilateral de la Entidad acreedora

EL Tribunal Constitucional en la sentencia 14/92 citada considera que la certificación expedida por la Entidad acreedora a la que se refiere el art. 1.435.4º LEC, como documento imprescindible para instar juicio ejecutivo en caso de que la obligación que conste en escritura pública o póliza original de contrato mercantil fuere ilíquida, es una declaración unilateral, si bien el efecto que produce, embargo de los bienes del deudor si éste no paga o consigna la cantidad reclamada, no puede ser considerado inconstitucional.

Conviene traer en este punto las siguientes matizaciones de Sánchez Calero “..., decir que la liquidación es un acto unilateral, en el sentido de que es realizado por una parte -la entidad de crédito- sin más límites que su contabilidad y su arbitrio (cfr. art. 1.256 CC) no es exacto. La liquidación es un acto cuya realización compete al banco, como sucede en muchos otros contratos mercantiles en los que es el empresario la parte que determina la cuantía de la obligación del cliente (v. gr., el suministro de gas, de energía eléctrica, etc.)... Ahora bien, no parece exacto definir esa liquidación como un acto unilateral por cuanto no supone una decisión discrecional o arbitraria de la entidad de crédito, sino el resultado de la aplicación de disposiciones generales, que se encuadran dentro de la intensa supervisión administrativa a la que están sometidas las entidades. Y el incumplimiento de las obligaciones legales en materia de liquidación puede ser considerado como una infracción grave de acuerdo con el art. 5, e), de la Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, toda vez que con ello se produciría la vulneración de las normas dictadas al amparo del número 2 del artículo 48 de la misma Ley, cuyo desarrollo reglamentario se tradujo -como se ha

que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste, pero no de la veracidad intrínseca de su contenido.

(6) Art. 1214 Cc.

repetido- en la adopción de la Orden de 12 de diciembre de 1989 y de la Circular 8/1990" (7).

Por otra parte, la sentencia conceptúa acertadamente, a nuestro juicio, el embargo propio del juicio ejecutivo como una medida cautelar, en base a razonamientos tales como los que siguen.

En primer lugar, *"La audiencia previa del afectado podría afectar en muchos supuestos la efectividad de la medida cautelar..."*. Más aún, la verdadera importancia que reviste el juicio ejecutivo se encuentra básicamente en las medidas de aseguramiento o garantía que se obtienen desde el comienzo del planteamiento del litigio.

En segundo lugar, *"... el embargo es decretado por cuenta y riesgo de la entidad financiera acreedora..., 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"*. La sentencia del Tribunal Constitucional 14/1992 estudia este problema desde la perspectiva de la desigualdad que provoca el art. 1.435.4º LEC entre las Entidades de crédito y otros acreedores, aunque no se puede olvidar otro punto de vista, la desigualdad que también se produce respecto de los peticionarios del crédito. En todo caso y en relación a ambos, el régimen procesal especial que el Estado establece se ve justificado por el amplio conjunto de normas que garantizan la estrecha regulación y supervisión administrativa a que estas Entidades de crédito, ahorro y financiación se ven sometidas, encabezado por la Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, mediante la cual se confirieron al Ministerio de Economía y Hacienda una serie de facultades referidas a aspectos diversos de la forma, documentación, publicidad y control de los contratos bancarios, que dieron lugar a la Orden de 12 de diciembre de 1989 y, sobre todo, a la Circular del Banco de España núm. 8/1990, de 7 de septiembre, sobre "Transparencia de las operaciones y protección de la clientela".

(7) SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "El artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el principio Constitucional de la igualdad", RDBB, núm. 43, 1991, pág. 813.

En tercer lugar, el Tribunal Constitucional entiende que la decisión de trabar los bienes del deudor se encuentra sujeta a otra garantía, *“la apariencia de buen derecho, acreditada documentalmente en un título ejecutivo, que permita entender inicialmente justificada la interferencia en el patrimonio del demandado”*. Esta apariencia de buen derecho se reconoce al acreedor que se halle en posesión de un título ejecutivo, porque desde el principio se tiene la probabilidad, aún cuando no la certeza, de que existe una obligación insatisfecha en la que están perfectamente delimitadas las personas del acreedor y deudor, que coinciden de forma absoluta con el actor y demandado. Esta es la vía que sigue el art. 1.401 LEC en relación con el embargo preventivo, cuando señala en su párrafo segundo que *“Cuando el título de que resulte la deuda sea alguno de los comprendidos en los números 1º, 4º, 5º y 6º del artículo 1.429 y no exceda de 50.000 pesetas, se decretará el embargo preventivo sin necesidad de que concurren los requisitos del número 2º del artículo 1.400”*.

Pero es que además esta apariencia se encuentra complementada con la presentación del documento fehaciente que acredita que la liquidación ha sido *“practicada en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo y que el saldo coincida con el que aparece en la cuenta abierta al deudor”*. Complemento este que según el Tribunal Constitucional brinda al juez el *“auxilio técnico”* necesario para la realización del juicio preliminar sobre la admisibilidad de la demanda ejecutiva.

Por tanto, la labor del fedatario, a fin de prestar al juez el correspondiente auxilio técnico, se ha de circunscribir a dar fe de que la certificación de la entidad acreedora expresando la cantidad exigible procede, en verdad, de dicha entidad y aparece suscrito por sus legales representantes, según le consta. Pero también habrá de acreditar, por una parte, la coincidencia entre la cantidad exigible especificada en la certificación y el saldo de la cuenta abierta al deudor (se trata de la simple constatación de un hecho, la coincidencia de cantidades entre dos documentos, que constituye una actuación fedataria en sentido estricto) y, por otra, que la liquidación se ha practicado en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo. En este segundo aspecto su actuación no sólo se concreta a dar fe, confrontando las operaciones realizadas por la entidad acreedora que se le presentan con las cláusulas insertas en

la póliza que recogen la forma pactada para realizar la liquidación, sino que también realiza una "labor de peritaje", limitada a los cargos de intereses y comisiones que la entidad le facilite (donde será necesario utilizar conocimientos de contabilidad y cálculo financiero de los que no todo fedatario público dispone). De esta labor del fedatario el resultado es un juicio de valor, reflejo de la opinión imparcial de un "experto" en estas materias (8).

Sin embargo, esta opinión que expresamos no es comunmente aceptada en la doctrina pues existen otras dos posturas: la que considera que la labor del fedatario se ha de limitar a comprobar que el saldo coincide con el que figura en los libros contables y a incorporar esta circunstancia a un documento fehaciente (postura minimalista) (9); y aquella que estima que la labor del fedatario es la de realizar una auténtica auditoria (postura maximalista) (10).

La determinación del alcance de la intervención del fedatario constituye una cuestión de legalidad ordinaria, sobre la cual no se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, que tan sólo se ha manifestado acerca de la posibilidad conferida al juez de denegar el despacho de ejecución en el trámite de admisión de la demanda ejecutiva si de la documentación presentada no se deduce haber sido practicada la liquidación en la forma pactada por las partes.

(8) Entienden de esta manera la labor del fedatario DURAN BRUJAS, *Notas sobre la modificación del art. 1.435...*, ob. cit., págs. 1391 a 1403; BORNARDEL LENZANO, *La determinación de la liquidez de la deuda reclamable en los procedimientos ejecutivos derivados de contratos bancarios*, Cuadernos de Derecho y Comercio, núm. 2, 1987, págs. 135 y ss.; PEREZ VALENZUELA, J., *La póliza: La seguridad del crédito y la nueva normativa a la luz de las instituciones bancarias*, RGD, núm. 483, 1984, págs. 2705 y ss.

(9) Postura minimalista de la que es partidario LOPEZ ANTON, *Créditos a interés variable. Su régimen jurídico*, Madrid, 1985, págs. 469 y ss.

(10) Son defensores de las postura maximalista entre otros RON SERRANO, *La determinación de la liquidez en las pólizas bancarias a los fines de su ejecución*, BCAM, núm. 6, 1985, págs. 79 y ss.; CORTES DOMINGUEZ, *Del procedimiento ejecutivo*, en la obra colectiva "Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Madrid, 1985, págs. 705-706.

V. El derecho de defensa

En las cuestiones de inconstitucionalidad se planteaba también la posible colisión, en primer lugar, del art. 1.435.4º LEC con el derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el art. 24.1 CE, en cuanto prohíbe la indefensión, al entender que si bien el deudor puede discutir en el juicio ejecutivo la cuantía de la deuda reclamada a través de las excepciones de pago y plus petición, no podrá alegar sin embargo que la obligación no surgió por no llegar a hacer uso el acreditado de las cantidades que la Entidad puso a su disposición, dado que la carga de la prueba de tal circunstancia le correspondería a él, lo cual infringe el principio general de carga de la prueba establecido por el art. 1.214 CC, y además supone una prueba imposible, al referirse a un hecho negativo. En segundo lugar, con el derecho de defensa que encuentra su acomodo constitucional en el apartado segundo del art. 24 CE, debido a que en caso de incomparecencia del demandado el juez decide sin oírle sobre la base de una liquidación realizada unilateralmente por el acreedor, lo cual sería particularmente grave a la vista de la brevedad del plazo de personación y de la posibilidad de realizar el emplazamiento edictal del demandado si su domicilio es desconocido, y porque los fugaces plazos de contestación y prueba podrían mermar la efectividad del mencionado derecho.

En cuanto a la primera cuestión, relativa a la imposibilidad de utilizar ciertos medios de defensa en el juicio ejecutivo, hemos de decir, y así lo ha concluido el Tribunal Constitucional, que es fruto de la propia naturaleza del juicio ejecutivo, dado que la sentencia de remate carece de la totalidad de los efectos de la cosa juzgada, siendo posible iniciar un proceso declarativo posterior.

No obstante la jurisprudencia ha restringido considerablemente las posibilidades de entablar un posterior juicio declarativo. En efecto, la interpretación jurisprudencial del art. 1.479 LEC viene a sostener que el juicio ordinario que se reserva a las partes después del ejecutivo está limitado a dilucidar cuestiones de fondo, pero sin que puedan reproducirse en él las excepciones que pudieron alegarse y resolverse definitivamente

en el ejecutivo (11). De este modo, y corrigiendo el art. 1.479, se viene a dar efectos de cosa juzgada material a la sentencia de remate, si bien limitados a los confines de la acción ejercitada.

Los argumentos aducidos a este respecto por el Tribunal Constitucional han sido escasos: *"La limitación de los medios de oposición a los que taxativamente enuncian los artículos 1.464, 1.466 y 1.467 LEC, que es uno de los rasgos peculiares de este tipo de juicio, no causa indefensión al deudor. El abanico de excepciones y de motivos de nulidad que ofrecen estos preceptos al demandado es lo suficientemente amplio como para que éste se encuentre muy lejos de verse impedido de ejercer medios legales suficientes... Las excepciones y motivos de nulidad que brinda la LEC en el juicio ejecutivo permiten, en efecto, discutir con toda amplitud la liquidez*

-
- (11) V. a este respecto las SSTs de 17 de noviembre de 1960, 5 de mayo de 1967, 20 de febrero de 1976, 6 de octubre de 1977, 1 de julio de 1988, 17 de marzo y 19 de mayo de 1989 y 23 de marzo de 1990, entre otras. Por su parte, condensa bastante bien la doctrina más firme del Tribunal Supremo el siguiente considerando de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1984: *"Que el art. 1479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos no producirán la excepción de cosa juzgada, quedando a salvo su derecho a las partes para promover el ordinario sobre la misma cuestión, habiendo sido tal precepto, en relación al alcance que hay de concedérsele con estricta sujeción a su expresión literal, objeto de una doctrina correctora establecida por reiterada jurisprudencia de este Tribunal, contenida entre otras, en la sentencia de 9 de febrero de 1977 y las citadas por la misma, sancionadora de que: a) la materia que fija el ámbito propio del juicio ordinario queda limitada a los problemas de fondo o de derecho material sobre existencia y exigibilidad del crédito que sirvió de base al ejecutivo, quedando amparadas por la cosa juzgada las cuestiones de derecho formal o de procedimiento que la ley ha establecido para la efectividad del crédito por aquella vía reclamado; b) el juicio ordinario que autoriza el art. 1479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no tiene circunscrita su esfera de acción, a declarar la nulidad o validez del ejecutivo, sino que, por el contrario, está establecido para que las partes puedan discutir con toda amplitud, alegando, en su caso, las excepciones que el ejecutivo no admite, la certeza y exigibilidad de la deuda que se reclamó, y, por tanto, es evidente que si en el ordinario se demuestra que la deuda era incierta y no exigible por excepciones que no pudieron alegarse en el juicio ejecutivo, habrá que dejar sin efecto la sentencia de remate aunque no haya méritos para la nulidad de ejecutivo y sin efecto, también, la condena en costas en ella impuesta, y c) no es preciso que se solicite en el subsiguiente juicio ordinario la nulidad de la sentencia recaída en el ejecutivo, ya que, implícitamente, lleva su carencia de la autoridad de cosa juzgada, pero no pueden volver a discutirse los defectos del título ni las faltas que en el procedimiento pudieran haberse cometido, a las cuales no se opuso el demandado oportunamente, quedando siempre a salvo cuando afecte al fondo de la cuestión de deber, como cuando el pago se hizo en acatamiento de la fuerza ejecutiva de la letra, ni las excepciones que pudieron formularse y resolverse en el ejecutivo en forma de oposición o nulidad".*

de la cantidad reclamada, así como la eventual plus petitio en que hubiera podido incurrir la Entidad crediticia al cuantificar su reclamación”.

Bien pudiera haber sido el Alto Tribunal un poco más rico y completo en los razonamientos esgrimidos, haciendo un rápido recorrido por las excepciones alegables en base a la liquidación practicada por la Entidad acreedora. Así, en primer lugar, para el caso de que el deudor aprecie error en la liquidación, de manera que la entidad pretende exigirle cantidad mayor a la que considera debida, podrá excepcionar pluspetición al amparo del art. 1.466 LEC. Por su parte, el acreedor podrá oponer la diligencia o acta de conformidad del saldo de la cuenta con la cantidad especificada y el documento acreditativo de que la liquidación se ha practicado en la forma pactada en el título. Incluso, si el acreedor lo juzga necesario, aportará la documentación contable presentada en su momento ante el fedatario público para dar fe de la coincidencia de la cantidad especificada en la certificación con el saldo. En segundo lugar, el deudor puede sostener que la entidad acreedora pretende que se le pague más de lo debido por algo distinto del mero error aritmético, alegando operaciones no reflejadas debidamente en la cuenta, reflejadas indebidamente o que se ha practicado la liquidación en clara disconformidad con lo pactado, con el objeto de aumentar ilícitamente el importe líquido de la deuda. En este caso el deudor podrá alegar: a) la excepción primera del art. 1.464 LEC (*“falsedad del título ejecutivo o del acto que le hubiere dado fuerza de tal”*), cuando considere que la certificación de la entidad acreedora (que forma parte del título) y/o el acreditamiento de la conformidad de la liquidación con el pacto (que no forma parte del título pero si le proporciona fuerza ejecutiva) no se ajustan a la verdad; b) excepcionar la causa segunda de nulidad del art. 1.467 LEC, siendo el propio art. 1.435 LEC quien posibilita el llevar las incorrecciones practicadas por la entidad acreedora a tema de iliquidez; c) finalmente, el deudor puede acceder a la jurisdicción penal promoviendo una causa criminal por falsedad o/y estafa (12).

(12) OLIVA SANTOS, A., *El nuevo artículo de la L.e.c. y la “liquidez” de la cantidad que parezca adeudarse según contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro y financiación, en escritura pública o en póliza intervenida*, RDP, núm. 1, 1986, pág. 39, para quien *“No es dudoso que la incoación de un proceso penal comportaría la paralización del juicio ejecutivo, bien según la habitual interpretación maximalista -pero en este caso justificada- del artículo 114 L.e.crim., bien por aplicación analógica del art.*

En definitiva, la oposición del deudor basada en la liquidación efectuada por la Entidad acreedora en la certificación por ella expedida no es de prueba imposible, por lo que no produce indefensión al deudor.

La segunda cuestión a que hacen referencia los Juzgados y Audiencias que mediante Auto plantean las diversas cuestiones de inconstitucionalidad, es el valor probatorio que en cierta forma se otorga a las manifestaciones unilaterales del acreedor en el caso de que el demandado no se persone en el proceso ejecutivo y se oponga a la pretensión del actor. Sobre este punto el Tribunal Constitucional alega en términos muy generales, pero certeros, que *"... es razonable que la Ley no haga depender la tutela judicial que se debe dar a los acreedores del hecho que los deudores demandados comparezcan y actúen efectivamente en el proceso"*.

En todo caso habrán de distinguirse dos situaciones diversas:

a) El ejecutado no se persona ni opone por causas no imputables a él. Conviene hacer notar lo acertado de la declaración del Tribunal Constitucional en el sentido de que *"... 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; de suerte que quien pudiera resultar directamente afectado en sus intereses legítimos por una Sentencia tiene derecho a hacer valer sus razones en tiempo hábil para alegarlas y probarlas, si fuera preciso ante el Juzgador (SSTC 174/1990 y 197/1991, entre los últimos pronunciamientos al respecto)".* Así si el deudor no ha sido correctamente citado y, por tanto, no ha podido en ningún caso oponerse en el juicio ejecutivo, los Tribunales deben sin más aceptar que se pueda abrir el juicio declarativo ordinario, porque en otro caso se privaría al ejecutado de la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24 de la CE. Más aún, en algún caso el Tribunal Supremo ha estimado que es posible el recurso de revisión (basado en el art. 1.796.4º de la LEC) cuando no se emplearon los medios adecuados para lograr la comunicación directa y se citó por medio de edictos, poniéndose con ello de manifiesto un ánimo

514 L.E.C. Cabe asimismo, por ende, que el propio juez del juicio ejecutivo promueva la formación de causa criminal a la vista de las alegaciones del deudor-ejecutado, sin necesidad absoluta de que éste denuncie o se querelle".

de impedir la oposición y defensa (STS de 5 de abril de 1991). En efecto, dado que la doctrina jurisprudencial impide que puedan volver a plantearse las excepciones que entran en el ámbito del juicio ejecutivo, el Tribunal Supremo acepta la posibilidad de recurso de revisión, puesto que negarla supondría privar al deudor del derecho a la tutela judicial efectiva. Pero es que además es posible que el Juzgado o Tribunal declare la nulidad de todas las actuaciones en el caso de que el demandado no haya sido citado en forma (art. 240.2º LOPJ).

b) El ejecutado debidamente citado no se persona ni opone. En este caso el Tribunal Constitucional ha manifestado que *“Si, conociendo la existencia del proceso, y teniendo la oportunidad de hacerlo, aquél no comparece ni defiende sus derechos, ninguna vulneración de garantías procesales puede aducir, pues si hubo falta de defensa fue por su negligencia o por su voluntario apartamiento del juicio, que no puede obstaculizar ni diferir más allá de lo razonable el conocimiento y la resolución por parte del Juez de las pretensiones deducidas por el demandante...”*. Es decir, las garantías procesales ofrecidas por la Constitución suponen que se otorgue a las partes en todo caso la oportunidad de ser oídas. Pero si una de las partes, teniendo conocimiento del proceso, no comparece ni defiende sus derechos, pudiendo hacerlo, no puede después alegar vulneración de sus garantías procesales.

La situación de no personación del demandado en el juicio ejecutivo, aún no vulnerando sus garantías procesales, supone una mayor facilidad para el acreedor cara a la obtención de su derecho de crédito, al igual que sucede en los juicios declarativos ordinarios; si bien puede estimarse que en el juicio ejecutivo el privilegio del actor es aún más notorio, en cuanto el Juez o Tribunal lo más que puede hacer es reexaminar la concurrencia de los mismos presupuestos ya examinados para despachar ejecución, sin que el actor deba aportar nuevas pruebas al proceso para así hacer valer su pretensión. Es decir, ahora sí podrá concederse al título ejecutivo presentado junto a la demanda el carácter de prueba suficiente para en virtud de él proceder a dictar sentencia donde se mandará “continuar adelante la ejecución despachada”; mientras que en cualquier

proceso declarativo ordinario en el que el demandado se halle en rebeldía el actor debe realizar todo lo que tendría que hacer si el demandado hubiera contestado negando.

Ahora bien, que no exista violación del art. 24 CE se ha de estudiar como cuestión distinta a la de que se pueda o no dar la posibilidad al ejecutado de promover un juicio ordinario sobre las cuestiones que no tuvieron oportunidad de debatirse en el ejecutivo por la incomparecencia de aquél.

Sobre esta última cuestión la jurisprudencia del Tribunal Supremo es diversa, mientras algunas resoluciones parecen impedir volver en el declarativo ordinario sobre las excepciones y nulidades que pudieron oponerse en el ejecutivo (13), en otras el Tribunal Supremo exige como requisito para que se produzcan los efectos de cosa juzgada, que el órgano judicial haya abordado en toda su amplitud la cuestión jurídica de fondo, lo cual, de ser aplicado rectamente, llevaría necesariamente a que quien no se personó pueda luego promover un juicio declarativo ordinario (14). Y es que, en rigor, la eficacia de cosa juzgada material sólo podría predicarse de lo que se somete a la decisión judicial en el incidente de oposición a la ejecución.

Llegados a este punto el Tribunal Constitucional vislumbra un problema que podría plantearse en relación a la incomparecencia del demandado provocada por la brevedad del plazo de personación o por el emplazamiento edictal previsto por el art. 1.460 LEC. La sentencia del Tribunal Constitucional 14/92 considera que por si mismos la brevedad del plazo y el emplazamiento edictal no convierte en inconstitucional el mecanismo arbitrado en el art. 1.435.4º LEC, en base a los siguientes razonamientos: respecto al emplazamiento por edictos, entiende que abre riesgos de indefensión para el deudor, pero que este no es un problema

(13) A este respecto, la STS de 9 de diciembre de 1939.

(14) En la sentencia de 30 de abril de 1991 el Tribunal Supremo ha entendido que debe aplicarse directamente el art. 1479 de la LEC cuando en el juicio ejecutivo previo no hubo pronunciamiento alguno sobre las complejas cuestiones planteadas, porque en otro caso se soslayaría un aspecto decisivo del asunto sobre el que no hubo -ni, en rigor, era posible en el juicio ejecutivo- decisión jurisdiccional.

único y exclusivo del precepto cuestionado, sino que tiene un alcance más general; afirmando, no obstante, que la situación del deudor emplazado por edictos no se ve empeorada significativamente porque la cantidad que se le reclama provenga del saldo liquidado unilateralmente por una entidad de crédito. En realidad, lo que está haciendo el Tribunal Constitucional es desplazar la cuestión a la planteada, sin dar solución alguna a la misma. Hubiera sido mucho más acertado utilizar las consideraciones que hace para el tema de la brevedad de los plazos, por lo acertadas que resultan.

La sentencia del Tribunal Constitucional tiene en cuenta dos factores a fin de justificar la suficiencia del plazo legal, el primero, se refiere a que en la cédula de citación de remate se recogen los datos suficientes para que cualquier persona, aún lega en derecho, entienda “*la trascendencia y fugacidad del plazo iniciado contra él*”. El segundo factor tiene en cuenta que los efectos del juicio ejecutivo no resisten la fuerza de cosa juzgada (art. 1.479 LEC), por lo que el ejecutado puede siempre finalmente defenderse. Así lo expresa el Tribunal cuando señala 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 Constitución 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*”.

VI. La protección de los consumidores y usuarios

El Tribunal Constitucional considera que el párrafo 4º del art. 1.435 LEC no vulnera en absoluto las disposiciones que el legislador estableció para la protección de los usuarios de los servicios bancarios, ni tan siquiera coarta las facultades que el juez tiene para guardar tales normas. Es más el Tribunal Constitucional se preocupa de manifestar que el legislador no puede “*contrariar el mandato de defender a los consumidores y usuarios*”, pero que también es claro que “*de conformidad con el valor superior del*

pluralismo político..., el margen que estos principios constitucionales dejan al legislador es muy amplio" puesto que este precepto, el art. 51 CE, enuncia un principio rector de la política social y económica, y no un derecho fundamental. Con ello viene a significar el Tribunal Constitucional que es evidente que el legislador debe seguir el mandato constitucional de tutelar los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios, pero goza de un amplio campo de libertad para determinar los instrumentos normativos a través de los cuales dicha protección ha de ser actuada. Esto es, lo que no parece aceptable es restringir, merced al juicio de constitucionalidad, el margen que ha de otorgársele al legislador, que en esta materia ha de ser muy amplio. Habrán de aplicarse, eso sí, a los contratos entre las entidades bancarias y los usuarios las normas que para la tutela de estos últimos se han dictado, incluyendo las contenidas en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984, en virtud de la cual se faculta a las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituídas y que tengan como finalidad la defensa de los intereses de aquéllos para representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en su defensa, e incluso en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios (15).

-
- (15) En Francia, se consagra por el art. 46 de la Ley "Royer" de 1973, sujetándose la apertura legitimatoria al previo parecer del Ministerio Público, y siempre y cuando la institución tenga un fin ligado a la defensa de los intereses de la categoría, un año de existencia efectiva y concreta operatividad, y diez mil socios para actuar a nivel nacional, o un "número suficiente" a nivel local. La previsión se refiere al ejercicio de la acción civil en el proceso penal, pero su aplicación se ha extendido a toda suerte de infracciones que atenten contra el interés colectivo de los consumidores.

En Alemania Federal, la regulación de las condiciones generales de la contratación de 9 de diciembre de 1976 ("AGB-Gesetz") otorga a las asociaciones de consumidores el derecho a ejercer las acciones inhibitoria, de retractación y de ineficacia contra las cláusulas uniformes y abusivas de los contratos.

En Suiza, la Ley de Asociaciones Profesionales y Económicas de 1943, aplicable a las ligas de consumidores que según los términos del Mensaje del Consejo Federal, las autoriza a defender los intereses de sus miembros, intentando incluso acciones preventivas y de cesación.

En Portugal, la Ley de Defensa del Consumidor de 1981 legitima a las asociaciones de defensa del consumidor para constituirse como parte acusadora en los procesos relativos a las infracciones antieconómicas, y para intervenir como parte asistente del ministerio público en las acciones civiles tendentes a la protección de los intereses colectivos de los consumidores.

Como bien subraya la sentencia del Tribunal Constitucional con carácter preliminar, todas estas disposiciones no son de aplicación a los juicios ejecutivos instados en base a contratos celebrados entre Entidades de crédito y empresarios, según la definición de los consumidores dada por la propia Ley 26/1984, como personas, físicas o jurídicas, que utilizan o disfrutan los servicios bancarios como destinatarios finales, es decir, se niega la condición legal de usuarios a quienes reciban los servicios de las Entidades de crédito con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros (16). Y aclara que lo mismo sucede en el plano de la Constitución, pues la protección pública de los derechos de los empresarios se ha de encuadrar más bien en preceptos tales como, por ejemplo, los arts. 38, 52 y 130 CE.

Desde otro punto de vista, se puede incluso considerar, como hace la sentencia, que el párrafo 4º del art. 1.435 LEC ha venido a mejorar la situación de los clientes de las Entidades de crédito en relación con la situación anterior, lo cual demostraría que es una norma informada por el principio proclamado en el art. 51 CE, pues dicha norma viene a matizar la eficacia del pacto por el cual se encomienda la liquidación a la entidad acreedora al exigir que intervenga un tercero independiente que, documentalmente, acredite que dicha liquidación se ha llevado a cabo efectivamente en la forma pactada.

Pero para que lo dispuesto en la norma se proyecte en la realidad es preciso que los fedatarios realicen una mínima labor de comprobación, a la que ya hicimos referencia, sobre la certificación que emita la entidad crediticia, en la que ésta ha de hacer constar los movimientos de cuenta y las operaciones que lleven al saldo final, es decir, modo de cálculo de los intereses y períodos de tiempo en que se han devengado, disposiciones y amortizaciones efectuadas por el acreditado (17).

(16) Consumidor según la Directiva del Consejo (87-7102/CEE) relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, modificada por la Directiva del Consejo 90/88/CEE de 22 de febrero de 1990, es *"la persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que puedan considerarse al margen de su oficio o profesión"*.

(17) A este respecto viene a decir la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de abril de 1989 que la certificación expedida por la entidad acreedora ha de acreditar,

En todo caso, se puede convenir que los órganos judiciales deben denegar el despacho de ejecución si la redacción de la cláusula que contempla el llamado pacto de liquidez no respeta las condiciones mínimas establecidas legalmente para la tutela de los consumidores y usuarios (principios de claridad, documentación y justo equilibrio de las contraprestaciones -art. 10. En efecto, tal cláusula habría de tenerse por no puesta de acuerdo con el art. 10.4 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, con lo que faltaría el presupuesto de aplicación del propio art. 1.435.4º LEC y no se podría tener la suma por líquida. Igualmente, si tal circunstancia no fuera apreciada por el Juez *ex officio* de acuerdo con el art. 1.440 LEC, sería posible siempre alegarla a los efectos de que se declara nulo el juicio por ser la cantidad ilíquida (art. 1.467.2 LEC). En definitiva, el Tribunal Constitucional descarta una aplicación generalizada e indiscriminada de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios a los Contratos Bancarios (18).

esto es, probar, que la liquidación se ha practicado en la forma pactada por las partes, probanza que no se cumpliría si el banco se limitara a expresar en su certificación un saldo final, sin consignar adecuadamente las operaciones mediante las que se hubiera llegado al mismo.

- (18) En este sentido se han pronunciado últimamente la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 20 de septiembre de 1989 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 17 de octubre de 1990, y, con anterioridad, la sentencia de la Audiencia Territorial de Valladolid de 11 de noviembre de 1987. De todas formas la cuestión no parece tan clara para toda la jurisprudencia, así la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de abril de 1989 manifiesta que si era de aplicación la propia Ley por cuanto *"la ejecutada, en cuanto productora de bienes o servicios, viene obligada por esas normas y, en cuanto consumidora de otros bienes o servicios, viene obligada por ellas"*.