

**LA CRISIS DE LA AUTOTUTELA
EN LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y SU AUGE
EN LOS ACTOS PRIVADOS**
(Comentarios a la Sentencia del TC 14/1992,
de 10 de febrero; al Auto del Tribunal Supremo
de 17 de marzo de 1992 y al Real Decreto 290/92,
de 27 de marzo)

Por

SILVIA DEL SAZ

Profesora Titular de Derecho Administrativo

SUMARIO: 1. Planteamiento.—2. Comentario a la Sentencia del TC 14/1992: a) El fundamento de las cuestiones de inconstitucionalidad y la contraria posición de la Fiscalía y la Abogacía del Estado. b) Argumentación del Tribunal Constitucional.—3. Un paso adelante en la ejecutividad de los actos privados: la ejecución extrajudicial de los créditos hipotecarios.—4. El Auto del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1992, paralizando los embargos de cuentas corrientes por la Hacienda Pública.—5. Contraste y valoración de ambas resoluciones.

1. PLANTEAMIENTO

Se aborda en este trabajo el comentario de dos resoluciones jurisprudenciales, casi coincidentes en el tiempo, la STC 14/1992, de 10 de febrero, y el Auto del Tribunal Supremo de 17 de marzo, cuyo mayor interés es el de sacar a la luz la crisis a que hoy se enfrenta la autotutela administrativa y el auge paralelo de la autotutela en los actos privados. No se trata sólo de que la «presunción de legalidad» de los actos y disposiciones de la Administración, antaño reservada exclusivamente a ésta, sea común denominador de un gran número de actos privados; es que, además, la Administración ha de enfrentarse cada día con más y más obstáculos cuando intenta ejecutar de oficio sus propias decisiones. Esta es, al menos, la conclusión que, a nuestro juicio, cabe extraer del análisis conjunto de ambas resoluciones, la del Tribunal Constitucional consagrando la presunción de legalidad de los actos unilaterales de las entidades bancarias, sin posibilidad alguna de oposición inicial por parte del presunto deudor, lo que, por otra parte, está en línea con la regulación de la ejecución extrajudicial de los créditos hipotecarios establecida en el Real Decreto 290/92, y el Auto del Tribunal Supremo paralizando, por contra, los procedimientos administrativos de apremio y negando, incluso, la tan citada presunción de legalidad de los actos administrativos que se enfrentan con una «aparentemente» bien fundada oposición del particular.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1992 resuelve veinte cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas que se habían planteado por Tribunales de Primera Instancia (Valls, Sevilla y Madrid) y las Audiencias Provinciales de Cuenca y Madrid sobre el artículo 1435, párrafo cuarto, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ha sido ponente el Magistrado Leguina, y formuló voto particular el Magistrado De la Vega Benayas (1).

De las veinte cuestiones de inconstitucionalidad que se suscitan en torno al artículo 1435.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dieciocho lo son por Tribunales de Primera Instancia en el transcurso de las correspondientes demandas ejecutivas interpuestas por entidades bancarias —en algunas de ellas, antes incluso del embargo preventivo, y en otras no llegaron a dictarse las correspondientes sentencias de remate— y dos de las Audiencias Provinciales, en uno de los casos conociendo en apelación una sentencia de remate, y la otra en apelación contra los autos de un juez de primera instancia denegando la ejecución por ser ilíquida la cantidad. Todas ellas, en su mayoría coincidentes, cuestionan la constitucionalidad del precepto citado por infracción del artículo 14 de la Constitución que consagra el principio de igualdad, del artículo 24 CE que prohíbe la indefensión y asegura un proceso judicial con las debidas garantías y, por último, del artículo 51 que establece como principio informador del ordenamiento jurídico la protección de los consumidores y usuarios.

El precepto cuestionado tiene su origen en la Ley 34/1986, de 6 de agosto, de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a cuyo tenor *«si en los contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro y financiación en escritura pública o póliza intervenida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1429.6 de la Ley, se hubiera convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada por la Entidad acreedora, aquélla se tendrá por líquida siempre que conste en documento fehaciente haberse practicado la liquidación 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»*.

Pues bien, el interés de esta sentencia para el Derecho Administrativo y para esta REVISTA está en que, a través de este precepto, se alumbra la posibilidad de actos privados con más fuerza jurídica incluso que los actos administrativos, no obstante haberse dictado con menores garantías, puesto que se les otorga una presunción de validez a efectos de despachar un embargo, sin que el destinatario o afectado, el presunto deudor, haya sido oído. Un segundo motivo de interés radica en la unificación de los criterios justificativos de las medidas cautelares en los procesos civiles y administrativos a través del *fumus bonis iuris* o apariencia de buen derecho. Además, la riqueza de argumentos de los Jue-

(1) La doctrina de esta Sentencia ha sido confirmada en la STC 26/1992, de 5 de marzo, que resuelve tres cuestiones de inconstitucionalidad que se plantean de nuevo contra el artículo 1435.4 de la LECv según la redacción dada a éste por la Ley 34/1984. Dicha sentencia consta de un único fundamento jurídico en el que se mantiene el fallo de la sentencia que ahora comentamos y a cuyos fundamentos se remite.

ces y Tribunales proponentes de la inconstitucionalidad, la dialéctica defensiva del Fiscal y el Abogado del Estado y, en fin, la magistral argumentación del Magistrado ponente señor Leguina, hacen de esta sentencia un documento antológico de extraordinario interés para todo tipo de procesos. Queda, todavía, un cuarto, y para nosotros fundamental, motivo de interés que es el contraste de esta sentencia constitucional con el Auto del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1992, auto que limita la tradicional ejecutividad o ejecución de oficio de los actos administrativos, al suspender los artículos del Reglamento General de Recaudación que regulan los embargos de cuentas indistintas por deudas de uno sólo de los titulares y los denominados embargos-investigación.

2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 14/1992

a) *El fundamento de las cuestiones de inconstitucionalidad y la contraria posición de la Fiscalía y la Abogacía del Estado* (2)

El precepto cuya constitucionalidad se pone en tela de juicio en estas cuestiones de inconstitucionalidad arbitra un procedimiento singular para la determinación unilateral por las entidades bancarias de la cantidad líquida o exigible, originada en determinados contratos de préstamo bancario con apertura de cuenta corriente al deudor y cuya utilidad radica en obviar el requisito del artículo 1435.1 que supedita la acción ejecutiva a que la obligación reflejada en el título tenga por objeto una cantidad líquida (3). Así, cuando medie pacto de las partes, la certifica-

(2) Son varios los comentarios que la doctrina procesalista ha dedicado al artículo 1435 de la LECv y a la propia sentencia del Tribunal Constitucional. Así, por citar alguno, DE LA OLIVA, *Nuevas consideraciones sobre el artículo 1435 de la LEC: liquidez de los créditos bancarios en el juicio ejecutivo*, La Ley, 1989; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *La constitucionalidad del artículo 1435.4 de la LEC*, «Estudios de Jurisprudencia», núm. 1, 1992, y ORTIZ NAVACERRADA, *Título ejecutivo y liquidez de las pólizas de crédito a efectos del despacho de ejecución*, Madrid, 1992. En general, los autores citados han acogido favorablemente la sentencia del Tribunal Constitucional.

(3) Como señala GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (*ob. cit.*, págs. 15 y ss.), como consecuencia de las necesidades del tráfico mercantil han aparecido en el ámbito de la contratación bancaria determinadas modalidades de contratos de crédito en los que se adopta la cuenta corriente como módulo contable. Entre ellos se encuentran las pólizas de apertura de crédito en cuenta corriente, de grandes ventajas para los comerciantes, pues se ofrece a los clientes del Banco un sistema de financiación más barato y más flexible en comparación con la póliza de préstamo, ya que evita el pago de intereses por la cantidad de la que no dispone y le permite disponer de fondos ya reembolsados. Como en principio, y por la propia naturaleza de estos contratos, el título no indica el saldo final de la cuenta carecía de fuerza ejecutiva dada la iliquidez de la obligación. Quedaba así mermada la protección del crédito y resultaba poco atractiva para el Banco su concesión a través de estos contratos.

Para solventar este problema los Bancos comenzaron a incorporar a los contratos una cláusula por la que se convenía que la liquidación realizada por los mismos haría fe en un juicio, práctica que se convirtió en uso bancario recogido incluso en el artículo 103 del Reglamento del Banco de España. Poco más tarde, la Orden ministerial de 23 de marzo de 1950 extendió esta posibilidad a los Bancos privados, Cajas de Ahorro y Entidades financieras. Tras la Constitución, se aprobó el Real Decreto de 15 de octubre

ción unilateral de la entidad para la que exigen ciertas formalidades o garantías (4), realizada sin audiencia del deudor, es título bastante para convertir en líquida una obligación que no lo era, y para iniciar el juicio ejecutivo mediante la presentación de la demanda (junto con el contrato y la certificación) al Juez de Primera Instancia que, sin entrar en el fondo, debe limitarse a un análisis formal del título. De hecho, el Juez sólo podrá desestimar la demanda cuando estime que es incompetente material o territorialmente, cuando la obligación o el título ejecutivo sean nulos (5), o cuando el título no tuviera fuerza ejecutiva ya por defectos extrínsecos, es decir, por defectos formales bien del título en sí mismo, bien de los documentos que hayan de acompañarse al mismo, ya por no haber vencido el plazo.

Sólo cuando concurra alguna de estas circunstancias el Juez denegará la ejecución. En caso contrario, es decir, admitida la demanda e incoado el proceso, el Juez despachará la ejecución sin audiencia del interesado, despacho cuyo efecto directo es el requerimiento de pago al deudor que hace el agente del Juzgado ante el secretario (art. 1442 LEC), lo que supone que el deudor deberá pagar la cantidad certificada o que, a falta de pago en el acto, soportará el embargo preventivo de los bienes suficientes para cubrir la cantidad y costas que se reclaman (6).

de 1982 relativo a los contratos otorgados en escritura pública que, aun cuando remitía a la autonomía de la voluntad de las partes la posibilidad de determinación unilateral por el Banco de la cantidad exigible, incurría en el mismo defecto que la Orden ministerial de 1950: a pesar de ser normas reglamentarias colisionaban con lo establecido en la LECv. De ahí que la reforma por la Ley 36/1984 de la LECv diera una nueva redacción al artículo 1435; se trataba, según ponía de manifiesto la enmienda del Partido Socialista, de reforzar la posición del deudor evitando que la determinación del saldo quedase a merced de la entidad acreedora con los dos mecanismos de la intervención del fedatario y la coincidencia del saldo con la contabilidad.

(4) Los requisitos exigidos por el artículo 1435.6 son, en primer lugar, que la certificación se acredite en documento fehaciente. En segundo lugar, que en ella se acredite haberse realizado la liquidación en la forma pactada por las partes, las cuales deberán haber concretado en la póliza los actos necesarios, tanto sustanciales como procedimentales, para que ésta se produzca, y en tercer lugar, que el saldo de la liquidación coincida con el saldo de la cuenta abierta al deudor. A estos tres requisitos, V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Proceso Civil*, vol. II, Valencia, 1991, pág. 139. añade la exigencia de que la determinación del saldo deudor se haga por persona ajena a la entidad acreedora con conocimientos técnicos suficientes para ello, puesto que de otra forma no cabría sostener que la certificación acredita, sino que se limitaría a ser una afirmación de parte interesada.

(5) En muchos casos, no es posible deducir del examen del título o de los documentos aportados en la demanda los datos necesarios para poder discernir si la obligación o el título son nulos: las causas que determinan la nulidad de los negocios jurídicos son muy difíciles de apreciar en el título ejecutivo y sólo tras el examen en el proceso declarativo se podrá tener certeza de su concurrencia.

(6) Hecho el embargo se cita de remate al deudor (arts. 1459 y 1460 LEC), al que se da traslado de la demanda y de los documentos que con ella se acompañan para que, si lo estima conveniente, se persone en el proceso en el término improrrogable de tres días útiles, tras lo cual el Juez le ordenará que en cuatro días improrrogables formalice su oposición alegando las excepciones y proponiendo la prueba que estime conveniente, a la vez que podrá pedir que se declare nulo el juicio por los motivos tasados contemplados en el artículo 1476 (art. 1463). Del escrito de oposición se da traslado al actor para que conteste y proponga la prueba que le interese (arts. 1468 y 1469). Finalizado el período

Vista la mecánica y el significado del apartado cuarto del artículo 1435 en el proceso ejecutivo, procede exponer los reparos de inconstitucionalidad tal y como se deduce de la argumentación de los Jueces y Tribunales que han planteado la cuestión.

En primer lugar, los Tribunales argumentan que el precepto en cuestión vulnera el derecho fundamental de igualdad del artículo 14 CE al dispensar un tratamiento singular a las entidades de crédito para determinar unilateralmente la liquidez de las obligaciones derivadas de los contratos mercantiles, al crear en favor de aquéllos un título ejecutivo parangonable a los certificados de descubierto que emite la Hacienda Pública para abrir la vía de apremio administrativa. Este privilegio, discriminatorio a su juicio, repercute decisivamente en las reglas generales de la prueba, al provocar una alteración injustificada del *onus probandi*, de todo punto inadmisibles por ser nulos los pactos celebrados con infracción de las normas generales de la prueba, normas de orden público. Dicha singularidad no está prevista, sin embargo —a juicio de los jueces proponentes de la inconstitucionalidad—, para otros acreedores igualmente serios y solventes; así, por ejemplo, cuando se trata de cuentas corrientes con garantía hipotecaria, el 131 de la LH prevé la comparecencia previa del deudor que, con anterioridad al despacho de ejecución, podrá alegar error o falsedad. De la misma forma, el particular que contrata con la entidad crediticia no puede reclamar por esta vía

probatório, se unen las pruebas a los autos y éstos se ponen de manifiesto a las partes para su instrucción, tras lo cual el Juez llama los autos a la vista con citación de las partes para sentencia (art. 1472 LEC). Así pues, a diferencia de la primera parte del juicio ejecutivo, donde tanto la certificación de la entidad acreedora como, en su caso, el embargo preventivo se realiza sin audiencia del deudor, la segunda fase de este proceso ejecutivo se realiza con contradicción de partes, con posibilidad de prueba (arts. 1468 y 1469 LEC) y vista oral, si bien es verdad que las posibilidades de defensa del demandado se ven bastante dificultadas, ya que éste asume la posición procesal del actor y, por lo tanto, no le es suficiente negar para obtener una sentencia absolutoria, y a la vez se encuentra con que sólo puede alegar excepciones tasadas; de ahí que la sentencia que pone fin al juicio ejecutivo sólo produzca efectos de cosa juzgada con reserva de derechos, o lo que es lo mismo, que la eficacia de cosa juzgada sólo se extiende a aquellas cuestiones que hayan podido tratarse en el juicio, pudiendo plantearse un proceso declarativo posterior para discutir aquellas cuestiones que, por prescripción legal, no hayan podido discutirse durante el proceso ejecutivo (art. 1470 LEC).

El proceso finaliza con una sentencia que puede ser condenatoria y expresará la cantidad que habrá de ser pagada al acreedor, de suerte que si la cantidad fuera inferior a la reclamada en la demanda no se impondrán las costas del proceso al demandado que hubiera realizado la consignación, absolutoria —no hay lugar a la sentencia de remate— o una sentencia que declare la nulidad de actuaciones —declara la nulidad del juicio o de parte de él reponiendo, en el último caso, los autos al estado que tuvieran cuando se cometió la falta— (art. 1473 LEC). En este último supuesto, como observa CORTÉS (*ob. cit.*, pág. 147), sólo la falta de citación de remate al deudor puede dar lugar a la nulidad de actuaciones, por lo que cualquiera otra causa de nulidad o excepción de fondo, incluida la *plus petitio*, originará una sentencia absolutoria o parcialmente condenatoria.

Puede ocurrir, sin embargo, que el deudor, debidamente citado de remate, no comparezca o, habiendo comparecido, no formule oposición en forma; en tal caso el Juez le declarará en rebeldía y mandará traer los autos a la vista para sentencia, dado que el efecto singular de la rebeldía en este tipo de procesos hace que no se vuelva a citar al demandado para ninguno de los actos procesales que puedan producirse, ni siquiera para la sentencia de remate (art. 1462 LEC).

para hacer efectivo el saldo a su favor que se derive de la misma, debiendo acudir a un juicio ejecutivo tras el reconocimiento previsto en el artículo 1430 de la LEC. Se trata, pues, de un procedimiento limitado a determinados acreedores y no previsto con carácter de generalidad, lo cual resulta contrario al artículo 14 de la Constitución, puesto que no se encuentran las razones que han llevado al legislador a singularizar el tratamiento de los contratos mercantiles de estas entidades. Descartan los jueces que se pueda alegar seguridad jurídica, puesto que este principio no sólo atañe a las Entidades de Crédito sino a todos los implicados en las relaciones jurídicas mercantiles; tampoco es justificación suficiente el control que ejerce el Banco de España sobre la banca privada, pues ni éste se extiende a operaciones concretas de préstamos individuales, ni la existencia de un control externo puede servir para justificar que la liquidación del saldo deudor se haga sin la presencia del primer interesado, tanto más si se tiene en cuenta la reciente historia bancaria, con crisis e irregularidades contables; por último, tampoco es, a juicio de los tribunales, motivo suficiente la agilidad con que deben tratarse estos créditos, puesto que el privilegio cuestionado nada tiene que ver con la condición del crédito tal y como se deriva de las normas de prelación y clasificación de créditos; no es, por tanto, razonable que la fijación unilateral del saldo por el acreedor sea inherente al propio crédito. Es más, aunque el origen de este trato desigual sea un convenio de las partes, no hay que olvidar que al tratarse de un contrato de adhesión, no existe plena libertad de contratación, ya que el servicio bancario es absolutamente necesario en la vida moderna.

En segundo lugar, en opinión de los jueces y tribunales, el artículo 1435.4 de la LEC vulnera el derecho fundamental proclamado en el artículo 24 de la CE, que prohíbe la indefensión y garantiza un proceso con todas las garantías, dentro de las que se incluiría la contradicción e igualdad de partes en el mismo. Por contra, según el artículo 1435.4, se despachará ejecución por una cantidad líquida que deriva exclusivamente de las manifestaciones de la entidad bancaria sin, ni siquiera, oír al demandado, cuando tales manifestaciones son la única prueba de la existencia de la deuda y de su cuantía, y si bien es cierto que el ejecutado podrá oponerse en un momento posterior, el embargo subsistirá. De otro lado, no puede decirse que la intervención de fedatario mercantil contribuya a hacer desaparecer la indefensión, y ello no sólo porque al acreditar que la liquidación se ha hecho en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo se incurre en una petición de principio porque es evidente que la liquidación se ha efectuado por la propia Entidad, sino también porque el fedatario no puede comprobar que las partidas cuyo saldo final se certifica reflejen la realidad de los movimientos de la cuenta corriente. Tampoco sirve el argumento válido de que el deudor se aviniera contractualmente a la situación denunciada, pues ésta viene impuesta por un contrato de adhesión, al que se acogen todas las entidades privilegiadas sin excepción.

Asimismo, estiman los jueces y tribunales proponentes que se intro-

duce por esta vía un grave desequilibrio procesal que agrava la originaria desigualdad existente entre la entidad y el particular, con la consiguiente vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, que según reiterada jurisprudencia del TC garantiza el artículo 24 de la CE: el juez ha de comprobar la realidad del saldo contable y la veracidad de las operaciones anotadas en la brevedad de un proceso sumario en el que los medios de defensa están limitados *ex lege*, en el que el demandado encuentra graves dificultades de prueba por la cortedad del término probatorio —más exiguo aún que en el proceso verbal—, por la inversión de la carga de la prueba que obliga, a menudo, al demandado a una prueba diabólica (7). Y todo ello en el mejor de los casos, que es cuando media oposición, ya que en caso contrario la ejecución seguirá adelante, sin que el deudor sea oído en momento alguno del proceso. Frente a esta indefensión no es argumento bastante, a juicio de los tribunales, reducir el derecho de defensa a un posterior proceso declarativo, ya que una muy reiterada jurisprudencia impide que en éste se debatan los medios de oposición que podrían haberse alegado en el previo juicio ejecutivo.

Los tribunales que sostienen la inconstitucionalidad del precepto alegan, por último, la infracción del principio general de protección de los consumidores y usuarios, principio de rango constitucional en el que se intentan paliar las desigualdades y asimetrías de las relaciones que crea el mercado entre las empresas y usuarios y del que, en opinión de alguno de los tribunales proponentes, nace un verdadero derecho subjetivo: el de ser protegidos en sus intereses económicos con exclusión de las cláusulas abusivas introducidas como condiciones generales en los contratos de adhesión. Desde este punto de vista, la norma cuestionada crea una grave desigualdad y quebranta gravemente los intereses de los usuarios, por lo que iría contra el principio de rango constitucional que, según el artículo 53.3 CE, debe informar la legislación positiva y la práctica judicial. Si bien es cierto que el cliente no tiene por qué ser un consumidor o destinatario final del producto, pero como la norma no distingue, hay que entender que todo cliente es usuario.

Por su parte, el Ministerio Fiscal defendió la constitucionalidad del artículo 1435.4, pues se fundamenta en la libertad de pacto que consagra el artículo primero de la CE, al permitir a los ciudadanos todas las actividades que la Ley no prohíbe o cuyo ejercicio no se subordina a requisitos o condiciones determinadas, libertad en la que debe comprenderse la libertad de pacto o voluntad negocial. El Fiscal tampoco ve en el precepto cuestionado una inversión de la carga de la prueba que afecte a las normas procesales sino, más bien, una autorización para que determinados contratos mercantiles puedan contener un pacto, generador de

(7) Si el demandado alega el pago de partidas no recogidas la prueba no es difícil, pero si su defensa consiste en negar la obligación (por no disponer de la cantidad puesta a su disposición, o en cuantía distinta a la que alega el Banco, o bien que el documento supuestamente negociado por éste es inexistente) tendría la carga de probar la inexistencia de obligación, para oponerse a la ejecución ya despachada, lo que infringe el principio general de la carga de la prueba del artículo 1214 CC y supone, además, una prueba imposible por referirse a un hecho negativo.

un negocio jurídico de fijación para asegurar el desenvolvimiento de una relación jurídica ya nacida, ni a su juicio se vulnera el artículo 14 de la CE ya que la actividad de las entidades bancarias no es equiparable a la de las demás personas y por ello se encuentran sometidas a una especial y singular intervención por parte del Estado: el legislador puede regular de forma diferente esa actividad financiera en todos sus aspectos.

En cuanto a la infracción del artículo 24.1 y 2, el Fiscal no niega que se produzca una situación de desigualdad entre las partes, pero esta desigualdad la encuentra justificada en el acuerdo previo entre la entidad acreedora y el deudor: una vez más, la autonomía de la voluntad sirve para descartar la vulneración del artículo 24.1. Además, la liquidez de la deuda se obtiene por la certificación de la entidad de crédito intervenida por fedatario mercantil, ello aparte del riguroso control a que está sometida y subordinada la política de cuentas y dividendos, control que obviamente no tienen los demás acreedores. Asimismo, el nacimiento del título ejecutivo no se deja al arbitrio de una de las partes, ya que éste es creado cuando las partes de común acuerdo suscriben el pacto de liquidez que se incorpora a la póliza como un medio convencional de tutela del derecho de crédito ya nacido a fin de facilitar su efectividad en vía judicial.

En un sentido similar al Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado sostiene que el desigual trato de las entidades de crédito está justificado por constituir la intermediación financiera un género de tráfico cuya peculiaridad se reconoce legislativamente y que exige soluciones concretas, pues para las entidades de crédito el incumplimiento de sus deudores típicos tiene mucha mayor trascendencia que para otro tipo de empresario, dado que si una de esas entidades no puede recuperar en tiempo los impagados no podrá mantener el crédito. Además, el trato jurídico especial no atiende solamente a las características subjetivas del acreedor, sino que se limita a los contratos de crédito instrumentados a través de una cuenta bancaria, dándose la adecuada proporcionalidad entre el fin y el medio. En cuanto al artículo 24.1, el artículo 1435 no supone una presunción *iuris tantum* de exactitud de la certificación bancaria: el precepto precisa las condiciones en que se tendrá por líquida una cantidad reclamada al solo efecto de despachar la ejecución, pero si el deudor niega con una mínima verosimilitud haber dispuesto de la cantidad y la entidad de crédito no lo prueba, nada impide al juez entender improbadamente la disposición de fondos por el deudor y negar la ejecución.

Niega también el Abogado del Estado que el precepto mencionado introduzca una desigualdad constitucionalmente impermissible, ya que el juez controla la legalidad y regularidad del cumplimiento del precepto cuestionado y el deudor siempre puede oponerse y defenderse en el juicio ejecutivo, y para mayor garantía las partes siempre tienen abierto el proceso declarativo ordinario. Además, el Abogado del Estado invoca la doctrina del Tribunal Constitucional confirmatoria de la constitucionalidad del proceso judicial sumario de ejecución hipotecaria, doctri-

na trasladable al caso en cuestión a pesar de que en aquel procedimiento se dé la oportunidad al deudor de oponerse al demandante alegando error o falsedad antes de despachar el embargo.

El Abogado del Estado argumenta, en último lugar, que si bien se reconoce a una de las partes la facultad de fijar el *quantum* de la ejecución con el fin de facilitar su despacho, hay que tener presente que, además de haber consentido el deudor previa y expresamente este sistema de determinación unilateral, la certificación la expide una entidad de crédito que lleva su contabilidad en forma más perfecta y exacta que otros empresarios. Y por si no fuera suficiente y para prevenir abusos, el legislador exige que la cantidad conste en un documento fehaciente que acredite que la liquidación se ha hecho en la forma pactada.

b) *La argumentación y fallo del Tribunal Constitucional*

Siguiendo más o menos los argumentos de la Fiscalía y la Abogacía del Estado, el Tribunal Constitucional estima que el precepto cuestionado no vulnera ninguno de los artículos aludidos y, en consecuencia, confirma su constitucionalidad.

En cuanto al principio de igualdad del artículo 14, entiende el Tribunal que la mayoría de los argumentos pueden ser reconducidos al artículo 24 de la CE, puesto que la diversa posición de las entidades bancarias se manifiesta en la posición que, como parte, ostentan en el juicio ejecutivo. Sin perjuicio de ello, el Tribunal recuerda su ya reiterada doctrina sobre el principio de igualdad, según la cual el artículo 14 sólo impediría las diferencias de trato legislativo que carezcan de justificación objetiva y razonable, lo que supone una libertad de legislador a la hora de establecer las normas de procedimiento que encauzan el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Por este motivo, el Tribunal afirma que las cuestiones de inconstitucionalidad no cuestionan la validez del juicio ejecutivo a pesar de la drástica reducción del conjunto de acreedores que tienen acceso a este procedimiento (sólo los títulos que llevan aparejada ejecución); por el contrario, la desigualdad que censuran los jueces es que la posibilidad reconocida en la norma cuestionada quede reducida a las entidades de crédito y ahorro allí citadas. Desde este punto de vista, no puede admitirse la existencia de una desigualdad contraria al artículo 14 CE, ya que son destacables las diferencias que median entre las entidades de crédito y los demás acreedores; tanto es así que el legislador, consciente del papel central que dichas entidades ocupan en el conjunto de la economía, ha configurado para ellas un verdadero ordenamiento sectorial sometiéndolas a una intervención y control mucho más intensos que para los restantes sectores económicos. Estas diferencias que son precisamente las que motivan la reforma de la LEC (necesidad de que mantengan la confianza del público y una solvencia acreditada) ofrecen una justificación suficiente, objetiva y razonable para la diferencia de trato legislativo. Cosa distinta es ver si dichas

ventajas procesales resultan proporcionadas al fin perseguido, cuestión ésta que por afectar a la situación de las partes en el proceso se analiza a la luz del artículo 24 de la CE (8).

En cuanto a la alteración de la carga de la prueba, cuestión directamente relacionada tanto con el artículo 14 como con el artículo 24 CE, el Tribunal afirma que la norma cuestionada no consagra un privilegio probatorio en favor de las entidades de crédito contrario al artículo 14, pues no altera la carga de la prueba ni otorga a su contabilidad el valor de documento público, ni priva al deudor de un proceso con todas las garantías probatorias ni lo sume en una indefensión por exigirle una pretendida prueba diabólica o imposible, lo que, si así ocurriera, sería contrario a los artículos 24.1 y 2 de la CE. Por el contrario, este precepto no dice que la cantidad certificada por la entidad haya de ser tenida por verdadera sino «por líquida» para poder despachar ejecución y, además, tanto en el juicio ejecutivo como en el declarativo que a éste pueda suceder todas las pruebas documentales tienen igual valor y ninguna puede considerarse prueba privilegiada. En todo caso, razona el Tribunal bancaria (figuran en el debe y el haber de su propia contabilidad) a la hora de determinar la cantidad líquida adeudada tendrán, además, constancia en otro tipo de documentos distintos a los libros de contabilidad y en posesión del deudor, por lo que, en caso de controversia, serán susceptibles de prueba sin dificultades especiales. La carga de la prueba recaerá, por otra parte, ya en la entidad, ya en el deudor, de conformidad con las reglas comunes de la prueba de forma tal que incumbirá a la entidad la acreditación de los hechos constitutivos de su pretensión y al demandado la determinación de los hechos impositivos o extintivos. Así pues, la norma cuestionada no impide o limita la potestad judicial de recibir el pleito a prueba ni de valorar las pruebas practicadas. El Juez podrá, pues, determinar que siga la ejecución adelante si la oposición formulada por el deudor careciera de verosimilitud o si la entidad acreedora hubiera probado suficientemente la deuda.

Incluso en la hipótesis, continúa el Tribunal, de que el demandado no se persone en el procedimiento o no formule oposición, los principios que rigen la situación procesal no son diferentes de los que rigen con carácter general, ya que cuando en un proceso están en discusión derechos dispositivos, la dejación por su titular justifica que se produzcan consecuencias en el orden probatorio que pueden ser dispuestas directa-

(8) De esta argumentación disiente el Magistrado De la Vega Benayas, para quien el admitir que un acto unilateral de parte permita obtener un despacho de ejecución origina una desigualdad activa y pasiva cuya justificación no es tan clara como pretende la mayoría. Desigualdad activa ya que el hecho de que esas garantías sean exigidas a las entidades bancarias en su funcionamiento, no quiere decir que no se exijan o puedan ser exigidas a los demás acreedores; y desigualdad pasiva que no se da en los procesos hipotecarios o las deudas acreditadas en documentos privados. Por ello, aunque las situaciones de los distintos deudores no sean idénticas, no debe repugnar a todas ellas la aplicación de la garantía al menos del proceso hipotecario, puesto que, en caso contrario, permanecerá una desigualdad procesal, pues no es convincente el argumento de la libertad contractual cuando se trata de contratos de adhesión.

mente por la Ley o deducidas por el propio juzgador. Ello sin olvidar que las sentencias de remate no producen nunca el efecto de cosa juzgada y que siempre cabe el derecho de la parte que no se opuso en el proceso declarativo a recurrir a un declarativo ordinario donde puedan probarse los hechos que no hubieran quedado probados en el juicio ejecutivo (si no hay oposición de parte, en el juicio ejecutivo el Juez debe dictar sentencia de remate aun cuando el demandante no hubiera probado suficientemente el crédito). En definitiva, está justificado que la «*Ley permita al Juez fallar favorablemente una demanda en la que se formulan pretensiones con apariencia de buen derecho, cuando el demandado no se toma siquiera la molestia de comparecer. Si la veracidad de los hechos no es controvertida por aquel a quien perjudican, no hay razón para que sea puesta en duda por los órganos jurisdiccionales al dispensar la tutela judicial efectiva que el artículo 24 de la CE exige*».

Tampoco la disposición cuestionada vulnera, a juicio del TC, los derechos comprendidos en el artículo 24, es decir, el derecho a no sufrir indefensión y el derecho a un proceso con todas las garantías, del que derivan una serie de principios formulados por el propio Tribunal Constitucional: audiencia, contradicción e igualdad de armas procesales, principios todos ellos que rigen sin duda, y a pesar de las modulaciones legales, en el juicio ejecutivo. Al respecto, distingue el Tribunal dos tipos de cuestiones: el embargo cautelar dictado sin audiencia de la parte y la ejecución forzosa de los bienes del deudor a partir de un acto unilateral de la entidad de crédito.

El embargo preventivo, decretado *inaudita parte*, no merece, en opinión del Tribunal, reparo alguno de inconstitucionalidad, pues en sí mismo considerado «*no es más que una medida cautelar cuya emisión no requiere una plena certeza del derecho provisionalmente protegido ni es forzoso tampoco que se oiga con anterioridad 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 la retrasaría en detrimento de su eficacia, lo cual podría llegar a menoscabar el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la CE, 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*». Al margen de la naturaleza cautelar del embargo preventivo, puesta en duda por algún procesalista (9), lo que se cuestiona no es en sí misma la medida cautelar que, según admite la doctrina, puede adoptarse, dada su urgencia, sin audiencia de parte, sino que lo que es digno de reproche es, precisamente, que esa medida cautelar se tome a partir de un acto unilateral de la entidad de crédito que no ha oído al deudor, dotándosele a esta certificación unilateral de un valor mayor incluso que el acto administrativo que en todo caso requiere audiencia de parte.

(9) Según V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, pág. 143, el embargo no es un paso previo a la expropiación de bienes ni tampoco una cautela de la sentencia que pueda dictarse, sino que se embarga exclusivamente para coaccionar al deudor al pago voluntario de sus obligaciones según el título.

Sin embargo, para el Tribunal Constitucional esta medida cautelar cuenta además con dos garantías. En primer lugar, la apariencia de buen derecho acreditada documentalmente en un título ejecutivo —contrato suscrito por las partes e intervenido por el fedatario, ya que si bien es cierto que la mera existencia del contrato no garantiza la existencia de la deuda, sí sirve al menos para acreditar la apariencia de un buen derecho—. En segundo lugar, el embargo es decretado por cuenta y riesgo de la entidad, de forma tal que a pesar de los perjuicios que pudieran irrogarse al deudor por el embargo preventivo, si éste fuera infundado todas las costas del proceso recaerían en la entidad actora que deberá, entonces, responder de los perjuicios irrogados por el embargo.

Estas mismas observaciones son predicables cuando el demandado no formula oposición, ya que la apariencia de buen derecho es examinada de oficio por el juez que debe estudiar la demanda y los documentos que la acompañan: el juez puede comprobar, y de ello debe quedar constancia en el documento fehaciente, que la liquidación practicada se ha realizado de acuerdo con lo pactado previamente por las partes, y que el saldo coincide con el que aparece en la cuenta abierta del deudor. No se trata ahora de decidir si la pretensión de ejecución está fundada, sino de efectuar un control inicial de admisibilidad de la pretensión. «*Nada resulta más alejado del texto legal —concluye el Tribunal— que el despacho automático del mandamiento de ejecución para hacer el pago de sumas determinadas unilateralmente por la Entidad acreedora y huérfanas de toda explicación y justificación.*»

El Tribunal Constitucional recoge así, por vez primera de forma expresa y para los actos privados, una pretensión que venía siendo postulada reiteradamente por la doctrina (10) y que había sido ya acogida

(10) Fundamentalmente, GARCÍA DE ENTERRÍA le ha dedicado: *El problema de los poderes del Juez nacional para suspender cautelarmente la ejecución de las Leyes nacionales en consideración al Derecho Comunitario Europeo: La sentencia inglesa «Regina v. Secretary of State for transport, ex parte Factortame Limited and Others», 1989, y la negación general de medidas cautelares contra la Corona, «REDA», 63, págs. 411 y ss.; Novedades sobre los procesos en el conflicto de pesca anglo-español. La suspensión cautelar por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de la Ley inglesa de 1988 aparentemente contraria a Derecho Comunitario. Enseñanzas para nuestro sistema de medidas cautelares, sobre la primacía del Derecho Comunitario y respecto a la indemnizabilidad de los daños causados por infracción de éste, «REDA», 64, págs. 593 y ss.; La suspensión cautelar inmediata de una Ley Nacional por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, «Revista de Instituciones Europeas», núm. 3, vol. 17, págs. 875 y ss.; La sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La obligación del juez nacional de tutelar cautelarmente la eficacia del Derecho Comunitario aun a costa de su propio Derecho nacional. Trascendencia general de la Sentencia en el Derecho comunitario y en el sistema español de medidas cautelares, «REDA», 67, págs. 401 y ss.; Las medidas cautelares que puede adoptar el Juez nacional contra el Derecho Comunitario: la sentencia Zuckerfabrik del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 21 de febrero de 1991, «REDA», 72, págs. 537 y ss.; La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: la recepción del principio «*fumus bonis iuris*» y su trascendencia general, «REDA», 69, págs. 65 y ss.; La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la apariencia de buen derecho para el otorgamiento de medidas cautelares. Silencio administrativo y apariencia de abuso de la ejecutividad, «REDA», 70, págs. 255 y ss.; Medidas cautelares positivas y disociadas en el tiempo: el Auto de 21 de marzo de 1991 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.*

favorablemente por la jurisprudencia contencioso-administrativa, entre muchos otros, en los Autos del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990, 17 de enero de 1991, 10 de julio de 1991, 20 de noviembre de 1991 y 17 de marzo de 1992, pretensión consistente en la consagración del derecho a la tutela cautelar como derecho fundamental inherente a la tutela judicial efectiva y, por lo tanto, incluido en el artículo 24 de la Constitución.

En cuanto a la segunda fase del proceso ejecutivo, es decir, una vez trabado el embargo, la limitación de los medios de oposición, propia del juicio ejecutivo, no causa, a juicio del Tribunal, indefensión al deudor ya que le permiten discutir la liquidez de la deuda y el *plus petitio*, pues el juez oye a las partes tras el proceso probatorio en el que caben todo tipo de pruebas; los medios de defensa con que cuenta el deudor son incluso superiores a los que cuenta un deudor en el proceso sumario hipotecario del artículo 131, donde sólo puede alegar falsedad o error. De la misma forma, tampoco causa indefensión la inversión del contradictorio puesto que el demandado efectúa sus alegaciones a la vista de la demanda ejecutiva, que sólo es admitida por el juez si es documentalmente completa; el hecho de que el actor pueda contestar las alegaciones es conforme con el principio de contradicción, pudiendo incluso solicitar vista pública en la que dispone de todas las posibilidades de alegación oral ante el juez.

Respecto a la brevedad de los plazos —cuatro días para la defensa y diez para el período probatorio—, el Tribunal no encuentra reparo alguno por ser el mismo para todos los procesos ejecutivos y superior, incluso, al previsto en el juicio verbal. Por otra parte, la tutela judicial efectiva sólo cubre el derecho a personarse en el juicio, o dicho de otra forma, conociendo la existencia del proceso y teniendo posibilidad de hacerlo, el interesado que no comparece, ninguna vulneración de garantías procesales puede aducir. Y ello a pesar de que de la no comparecencia del interesado no tienen necesariamente que deducirse consecuen-

«REDA», 71, págs. 377 y ss.; *La ampliación de la apariencia de buen derecho como base de las medidas cautelares en el recurso directo contra reglamentos*, núm. 125 de esta REVISTA, págs. 455 y ss.; *Nuevas medidas cautelares positivas: la imposición por vía cautelar a la Administración de la obligación de continuar un procedimiento, eliminando un obstáculo inicial sin apariencia de buen derecho (Auto de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14 de octubre de 1991)*, núm. 126 de esta REVISTA, págs. 297 y ss.; *La lucha contra el abuso de los procesos: juicios provisionales y medidas cautelares*, «Revista del Poder Judicial», 20, págs. 9 y ss.; y *Sobre la legitimidad de las medidas cautelares utilizadas por la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La sentencia TEDH Cruz Varas y otros, de 20 de marzo de 1991*, «Poder Judicial», 25, y «Revue Trimestrielle de Droits de l'Homme», Bruselas, 1992. Todos estos trabajos han sido agrupados en un libro, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Madrid, 1992.

También son de interés los trabajos de TORNOS MAS, *Suspensión cautelar en el proceso contencioso-administrativo y doctrina jurisprudencial*, «REDA», 61, págs. 119 y ss.; RODRIGUEZ ARANA, *De nuevo sobre la suspensión judicial del acto administrativo*, «REDA», 64, págs. 639 y ss., y el libro de CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva Justicia administrativa*, Madrid, 1991.

cias negativas para el deudor, sino para el que corría con la carga de la prueba de los hechos, y en cualquier caso siempre tendrá abierto el proceso declarativo posterior. Evita así el Tribunal abordar la cuestión del emplazamiento por edictos, amparándose en el hecho de que la situación del deudor emplazado por edictos no es peor si se trata de la liquidación unilateral por la entidad de crédito, que si se trata de cualquier otro título ejecutivo (11).

Por último, entiende el Tribunal que el artículo cuestionado no vulnera el principio de protección de consumidores y usuarios. Tras recordar que el artículo 51 consagra un principio rector y no un derecho fundamental e insistir en su carácter vinculante para todos los poderes públicos, recuerda que la legislación sectorial obedece a los mandatos constitucionales y somete las cláusulas o condiciones generales de la contratación a unos determinados requisitos. Sin embargo, esta legislación sectorial es ajena por completo a los juicios ejecutivos iniciados por las entidades de crédito, ya que la Ley 26/1984 limita su eficacia protectora a las personas jurídicas que utilizan los servicios bancarios como destinatarios finales, negando la condición legal de «usuarios» a quienes reciben estos servicios de las entidades de crédito para integrarlos en los procesos de producción, por lo que sólo un entendimiento desviado del 1435.4 podría llegar a entenderlo contradictorio con la legislación protectora de los consumidores: en la medida en que este pacto no supone una inversión de la carga de la prueba, y se plasme con los debidos requisitos formales, no existe ninguna vulneración del artículo 51.

3. UN PASO ADELANTE EN LA EJECUTIVIDAD DE LOS ACTOS PRIVADOS: LA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LOS CRÉDITOS HIPOTECARIOS

Abundando más en la línea que inicia la sentencia del Tribunal Constitucional, el Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo, sobre la ejecución extrajudicial de los créditos hipotecarios, supone un paso

(11) De nuevo aquí, el voto particular que de la sentencia hace el Magistrado De la Vega no comparte los argumentos del Tribunal. En opinión del discrepante, el precepto cuestionado vulnera también el artículo 24 de la CE a pesar del argumento aparentemente tranquilizador de que la certificación de la entidad no es más que una presunción, un principio de prueba; ¡naturalmente que sólo es una presunción, ya que si no sobraría todo el sumario juicio ejecutivo, convertida la certificación en título ejecutorio! Pero el reproche de la unilateralidad y la indefensión continúa, a lo que hay que añadir otra merma de garantía: la Ley sólo se refiere a instrumento fehaciente, lo que no equivale, ni mucho menos, a documento público o intervención de fedatario, ya que si todo documento público es fehaciente, no todo acto fehaciente es público o está adornado de la fe pública: «en suma, un acto unilateral de una de las partes contractuales sin las garantías formales de la fe pública, con la 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 por cuanto obliga al deudor a soportar un proceso sumario, de ámbito ilimitado 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».

adelante en la consagración de la autotutela de los actos privados al permitir la ejecución forzosa sin intervención judicial de determinados actos privados.

Como es sabido, el artículo 129 de la Ley Hipotecaria establece dos modalidades de ejecución de este tipo de créditos. De un lado, la acción hipotecaria puede ejercitarse a través de un proceso judicial sumario cuyos aspectos básicos están regulados en la propia Ley, en el artículo 131. De otro, la Ley autoriza a la ejecución extrajudicial del crédito hipotecario, siempre y cuando se haya pactado en la escritura de constitución de la hipoteca, a través de un procedimiento cuya regulación se remite por entero al reglamento, y que se contiene en los artículos 234, 235 y 236 del Reglamento Hipotecario.

Si la nueva regulación del proceso de ejecución extrajudicial no es formalmente novedosa, ya que su legitimación se encuentra en la propia Ley Hipotecaria de 1946 y sólo viene a sustituir la anterior redacción del Reglamento Hipotecario, no puede decirse lo mismo de su contenido, ya que mientras que el proceso extrajudicial de ejecución se configuraba por el Reglamento de 1947 como un proceso «amigable» que se interrumpía inmediatamente cuando el deudor manifestaba su oposición iniciando un juicio declarativo, el procedimiento que consagra el Real Decreto 290/1992 es un procedimiento ante Notario que no puede ser suspendido y que en todo caso desemboca en una ejecución del bien hipotecado sin que el deudor pueda formular apenas ningún tipo de oposición ni defensa, que queda postergada al momento en que, ejecutado el crédito y transmitida la propiedad y posesión del bien hipotecado, la cuestión litigiosa se resuelva en un juicio declarativo.

En consecuencia, no se puede por menos de destacar, al margen de los reproches de legalidad que puedan hacerse a la regulación que se acomete por vía reglamentaria, el hecho de que un mismo precepto legal cual es el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, pueda servir de cobertura a regulaciones reglamentarias tan diversas y con tan opuestas consecuencias sobre los derechos de propiedad.

Motor de la nueva regulación del proceso de ejecución extrajudicial es, como pone de manifiesto la propia Exposición de Motivos del Real Decreto, la necesidad de articular mecanismos rápidos de ejecución que no necesiten de la intervención judicial y que, sin embargo, cuenten con unas garantías que se instrumentan a través de la dirección notarial del proceso y a través, también, de una detallada y minuciosa reglamentación de sus trámites (12). Al servicio de esta finalidad existía, como

(12) «El incremento del crédito hipotecario en nuestro país, en estos últimos años, ha sido de tal volumen que puede considerarse como uno de los fenómenos más significativos de nuestra expansión económica. En efecto, la cartera de créditos con garantía hipotecaria se ha cuadruplicado en el período 1982-1989. Esta circunstancia, que por un lado pone de manifiesto el vigor del crédito territorial, determina, por otro, una enorme presión sobre la Administración de Justicia que, a la postre, puede poner en peligro el dinamismo de un sector de vital importancia para la cobertura de necesidades tan básicas de los ciudadanos como las relativas a la adquisición de viviendas. Es preciso, por ello, desviar parte de las ejecuciones hipotecarias del cauce judicial, tal y como se ha hecho en otros países con

recuerda la Exposición de Motivos, un proceso de ejecución extrajudicial, pero en la práctica este procedimiento no había funcionado adecuadamente dada «*su incapacidad de atajar determinadas conductas estratégicas*»; por este motivo se pretende con la nueva regulación establecer un dispositivo viable, que ofrezca un cauce alternativo para la satisfacción del derecho del acreedor. No obstante, dado que la mayoría de las modificaciones que introduce la nueva redacción del Reglamento Hipotecario son cuestiones procedimentales sin apenas trascendencia en lo que afecta a la efectividad del proceso (alteraciones en el proceso de subasta que ahora cuenta con tres fases sucesivas, la posibilidad con que cuentan los acreedores posteriores de hacer constar en el Registro de la Propiedad el domicilio donde quieren que se les notifique cualquier ejecución, etc.), la clave de la viabilidad de este nuevo procedimiento radica en la imposibilidad tanto del deudor como de terceros poseedores de plantear oposición o conseguir su suspensión.

En efecto, a pesar de la equívoca redacción de la Exposición de Motivos, el proceso de ejecución notarial sólo puede ser suspendido, tal y como establece el artículo 236.ñ) del RH, cuando se acredite documentalente la tramitación de un procedimiento criminal por falsedad del título hipotecario en virtud del cual se proceda, siempre y cuando se haya admitido querrela, se haya dictado auto de procesamiento o formulado escrito de acusación, o bien cuando se reciba la comunicación del Registrador de la Propiedad de la presentación en el Registro de un título de cancelación de la hipoteca realizada. En ambos casos, el Notario acordará la suspensión hasta que termine el procedimiento criminal o, en su caso, el procedimiento hipotecario, ejecución que podrá reanudarse a instancias del acreedor cuando no se hubiera declarado la falsedad o no se hubiera inscrito la cancelación de la hipoteca.

Así pues, la ejecución notarial no se suspenderá, a diferencia de lo previsto en el artículo 132.1 y 4 de la Ley Hipotecaria para los procedimientos judiciales sumarios de ejecución, cuando se interponga una tercería de dominio, o cuando, habiéndose prestado la hipoteca en garantía de cuentas corrientes, la libreta que presente el deudor arroje un saldo distinto del que resulte de la presentada por el actor, ni tampoco, por último, cuando, como preveía el artículo 236 del anterior RH, con anterioridad a la subasta se anotare preventivamente la oposición al mismo formulada en juicio declarativo. En consecuencia, cualesquiera otras reclamaciones u oposición formuladas por el deudor, por terceros poseedores u otros interesados, aun cuando versen sobre la nulidad del título o de las actuaciones, sobre vencimiento certeza extinción o cuantía de la deuda, no suspenderán en ningún caso el procedimiento de ejecución extrajudicial y deberán ventilarse en el correspondiente juicio declarativo.

Se consagra de esta forma un proceso de ejecución forzosa, sin

resultados esperanzadores. La gran certeza que ofrecen la documentación pública y la publicidad registral de las relaciones hipotecarias hacen que este objetivo sea plenamente viable sin merma de las garantías del deudor (...)»

intervención judicial, de determinados actos privados que aunque quedan sujetos al control judicial posterior, exigencia ineludible a partir del artículo 24 de la CE, este control se lleva a cabo sobre actos ya ejecutados, como si de actos administrativos se tratara.

Hay que tener en cuenta que, incluso, las medidas cautelares revisten en el campo de la ejecución extrajudicial una importancia mucho menor de la que ofrecen cuando se trata de evitar la ejecución de un acto administrativo. En efecto, aunque el Reglamento prevé que tanto el deudor como los terceros interesados puedan solicitar del Juez, al interponer la demanda declarativa o posteriormente durante el proceso, la adopción de medidas cautelares que garanticen la efectividad de la sentencia, estas medidas no incluyen la suspensión de la ejecución de la hipoteca, ya que se limitan a la posibilidad de decretar la entrega de todo o parte de la cantidad en litigio. Cuestión distinta es que, a partir de la Sentencia antes analizada del Tribunal Constitucional, haya de interpretarse que el Reglamento Hipotecario no puede limitar, como parece su intención, las medidas cautelares que, para la garantía de la efectividad de la sentencia, pueda adoptar el Juez, pero ésta es sólo una posible interpretación que en todo caso habrá de confirmar la Jurisprudencia.

Una novedad digna de reseñar en la nueva regulación de la ejecución notarial es la intervención del Juez de Primera Instancia, intervención que no existía en el anterior Reglamento Hipotecario. En efecto, según establece el artículo 236.m), una vez otorgada la escritura entre el adjudicatario y el dueño de la finca o la persona designada, que puede ser incluso el acreedor hipotecario, el adjudicatario podrá pedir la posesión de los bienes adquiridos al Juez de Primera Instancia del lugar donde radiquen. Este precepto, que sin duda responde a la concepción clásica tradicional del Juez como supremo garante de los derechos de propiedad y posesión, no especifica, sin embargo, en qué consiste dicha intervención ni el procedimiento a seguir.

En todo caso habrá que entender que la intervención del Juez civil otorgando la posesión, aun cuando no es automática, estará limitada a un mero control formal, similar al que realizan los Jueces penales cuando aprueban la entrada en el domicilio (arts. 87 de la LOPJ y 130 LGT), ya que, en contra de la opinión de algún autor (13), no cabe entender que lo que el Reglamento Hipotecario está consagrando es un procedimiento sumario en el que el deudor pueda oponer las alegaciones oportunas, puesto que de ser así, es decir, de resultar que el proceso de ejecución judicial termina necesariamente en un proceso judicial, la eficacia del proceso extrajudicial sería nula y nada se habría ganado. Por otra parte, según ha recordado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 76/1992, de 14 de mayo, sobre la autorización judicial para la entrada en domicilio, la actuación del Juez no puede ser meramente automática, ya que como en cualquier decisión judicial debe existir una verdadera decisión,

(13) L. MARTÍN CONTRERAS, *Acerca de la ejecución hipotecaria extrajudicial*, en «Actualidad Aranzadi» de 22 de mayo de 1991.

una comprobación al menos formal; en este caso el Juez otorgará la posesión cuando de las actuaciones practicadas no se derive, aparentemente, ninguna irregularidad manifiesta, pero en ningún caso podrá entrar a resolver el fondo del asunto, que es precisamente lo que se pretendía evitar con la regulación de un procedimiento extrajudicial de ejecución.

4. EL AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE MARZO DE 1992,
PARALIZANDO LOS EMBARGOS DE CUENTAS CORRIENTES
POR LA HACIENDA PÚBLICA

A la vez que, como hemos visto, la autotutela cobra importancia en algunos actos privados, los actos administrativos van siendo privados paulatinamente de su ejecutoriedad a medida que se va generalizando el dictado por los Jueces y Tribunales de medidas cautelares. Entre ellas ocupa un lugar preeminente la suspensión de la ejecución de actos y disposiciones administrativas, de la que el Auto de 17 de marzo de 1992 del Tribunal Supremo ofrece un inmejorable ejemplo. Este Auto es ya el tercero que dicta el Tribunal suspendiendo la aplicación de disposiciones generales; el primero de ellos, el Auto de 10 de julio de 1991, suspendió la aplicación del artículo 139.3 del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, ante la pretensión anulatoria que formularon contra el mismo varias empresas de transporte funerario y pompas fúnebres (14).

El segundo, de 20 de noviembre de 1991, vino a suspender la aplicación, salvo en las normas organizativas, del Real Decreto 1751/1990, sobre creación del Instituto de Viviendas de las Fuerzas Armadas, que había sido impugnado por la Hermandad de Personal Militar.

El tercero, en fin, es este Auto del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1992, que suspende, entre otros, a petición de la Asociación Española de Banca Privada (AEB en adelante), la aplicación de los artículos del Reglamento General de Recaudación (RD de 20 de diciembre de 1990) relativos a los denominados embargos-investigación (arts. 120.2 y 121.a) y del embargo de cuentas indistintas por deudas de uno sólo de los titulares (art. 120.3.a), con lo que por el momento, y hasta que no se dicte la sentencia de fondo, el sistema de recaudación ejecutiva está casi colapsado.

El motivo de fondo por el que la citada Asociación impugna el que ella denomina embargo-investigación es la ilegalidad de los embargos de bienes de cuya existencia o características esenciales no se tiene conoci-

(14) Este Auto fue objeto de comentario por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La aplicación de la apariencia de buen derecho como base de las medidas cautelares en el recurso directo contra reglamentos*, núm. 125 de esta REVISTA, 1991, págs. 411 y ss., comentario que fue posteriormente incorporado al libro *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, 1992, págs. 235 y ss.

miento. El embargo, según razona el recurso, supone una afectación especial de unos bienes a una determinada obligación, con preferencia sobre otros acreedores, afectación que se materializa, en el caso de bienes muebles, a través de la posesión del bien por el embargante bien directamente, bien mediante depositario, y, en el caso de bienes inmuebles, a través de la anotación en el Registro de la Propiedad. De alguna manera, continúa el recurso, el embargo tiene una naturaleza y produce unos efectos semejantes, *mutatis mutandi*, a los de la prenda y la hipoteca, asimilación que origina necesariamente que el embargo se deba referir a unos concretos bienes que el embargante conozca previamente.

De otra parte, siendo el embargo una figura esencialmente judicial aun cuando, por especial privilegio, la Administración pueda acordarlo sin necesidad de asistencia judicial, la regulación básica del embargo es la que nos suministran las leyes procesales sin que pueda admitirse que los embargos administrativos tengan una eficacia o alcance superiores, o estén sometidos a requisitos menos estrictos que los que regulan los embargos judiciales, especialmente si dichas particularidades están reguladas en una norma de rango inferior a la Ley.

Siguiendo este razonamiento, hay que recordar que las leyes procesales no admiten el denominado embargo-investigación o embargo sobre bienes indeterminados; al efecto, la última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil estableció que cuando el ejecutado no designe bienes o derechos sobre los que trabar el embargo, el Juez podrá dirigirse a todo tipo de registros públicos y entidades financieras y solicitar información sobre los bienes que tenga el deudor (art. 1455). Así pues, si para la práctica de los embargos judiciales el Juez debe primero solicitar información y, una vez que se dispone de ella, embargar, este mismo principio debe ser aplicable a los embargos administrativos, tanto más cuanto la Ley General Tributaria obliga en su artículo 111.1 a las entidades bancarias a informar a los órganos y agentes de recaudación ejecutiva y a cumplir sus requerimientos. En conclusión, no es sólo que la Administración Tributaria no puede tener facultades superiores a las del poder judicial, sino porque la propia Ley 33/1987, artículo 11, ha venido a otorgar a la recaudación las mismas facultades de investigación que al Juez otorga el artículo 1455 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y ninguno de los dos artículos tendría sentido si se pudieran embargar genéricamente cuentas o depósitos bancarios sin necesidad de conocer sus características, y el artículo 120.3.a) que autoriza el embargo de cuentas indistintas por deudas de uno sólo de los titulares.

Por otra parte, entiendo la AEB que el artículo 120.3.a) incurre en una clara infracción legal de Derecho Privado, por cuanto supone la admisión en nuestro ordenamiento jurídico de una figura inexistente, como es la de la titularidad solidaria de bienes. La característica de las cuentas indistintas es la facultad de disposición de cada uno de los titulares de la totalidad del saldo, sin que estas facultades de disposición afecten a la titularidad sobre el depósito. Y precisamente lo que ha de tenerse en cuenta en materia de embargos es la titularidad, ya que el embargo sólo

puede afectar a los bienes propiedad del deudor. Por ello habrá que estar para el embargo de cuentas indistintas a lo que resulte de la apertura de la cuenta y, en su defecto, a lo que establecen los artículos 393 y 1138 del Código Civil, sin perjuicio de que se pueda demostrar que la situación real es distinta de la que se deriva de las citadas presunciones. Son estas presunciones las que desconoce el artículo impugnado, que viene a establecer una presunción distinta en base a la forma de disponer de la cuenta, invirtiendo la carga de la prueba al obligar a los cotitulares que demuestren que pertenece a todos ellos por partes iguales.

La suspensión fue solicitada por la Asociación Española de Banca Privada (AEB), a su vez recurrente en el proceso sobre el fondo, invocando como fundamento de su petición perjuicios de reparación imposible o difícil que podía causar a los recurrentes la ejecución del Reglamento por ella impugnado. Dado que la suspensión tiene su razón de ser, según estima el Tribunal, en la tardanza que puede suponer la resolución final del recurso y teniendo en cuenta que el proceso sobre el fondo se halla en fase de conclusiones cuando se dicta el Auto de suspensión, no es difícil adivinar que el Auto, además de contener una medida cautelar, está anticipando en cierta forma la resolución final del proceso.

Contra la petición de suspensión, la Administración esgrime argumentos diversos. En primer lugar, dice el Abogado del Estado, no hay que olvidar que el embargo regulado lo es en ejecución forzosa de un acto administrativo y que, por lo tanto, sólo se actúa contra contribuyentes morosos que desatienden el cumplimiento de sus obligaciones tributarias; en segundo lugar, recuerda la Administración la presunción de legitimidad de sus actos y disposiciones. También se alega por el Abogado del Estado la estricta necesidad de tales medidas para la efectividad del cobro, según se deriva del número de embargos realizados, que fueron 19.083, solamente en seis provincias, en apenas diez meses (desde diciembre de 1990 a octubre de 1991); y, por último, que no se han probado los daños y perjuicios que la ejecución podría ocasionar.

Los argumentos contrarios a la suspensión son rechazados por el Tribunal Supremo, que entiende que tanto la tutela cautelar como el derecho a un proceso sin dilaciones, ambos comprendidos en el artículo 24 CE, obligan a suspender la ejecución de los embargos, ya que *«el retraso puede producirse no sólo por una demora de los órganos judiciales, sino porque la Administración regulando su autotutela, establezca unos plazos para la ejecución de sus actos o disposiciones que hagan extemporánea la resolución de cualquier recurso preestablecido, sea éste administrativo o jurisdiccional. Este peligro se produce en el caso ahora examinado en el que resultaría tardía e inoperante la resolución final, frente a los brevísimos plazos que en el Reglamento impugnado se establecen para determinadas actuaciones administrativas»* (15).

(15) Estos plazos son, por ejemplo, de diez días para la obligación de las Entidades Bancarias de facilitar a los recaudadores la información que soliciten (art. 120.4) o de veinte días para el ingreso del dinero embargado en la cuenta restringida del Tesoro Público (art. 120.5), etc.

No es óbice para la suspensión el que las medidas que establece el Reglamento lo sean, como aduce el Abogado del Estado, para deudores morosos, ya que también ellos, como ciudadanos, están amparados por el derecho a la tutela judicial efectiva, ni tampoco el argumento del interés público en juego que denota el alto número de embargos, puesto que, dice el Tribunal, el ejercicio de las medidas de autotutela también puede infringir el ordenamiento jurídico.

Tampoco es de recibo, en opinión del Tribunal, el argumento de la Administración según el cual los daños no se han probado, ya que, recuerda el Tribunal, no es necesaria una prueba rigurosa de los daños, bastando a menudo la simple lectura del acto o disposición y el examen de las consecuencias que puedan derivarse de la ejecución o suspensión para decidir sobre la procedencia o improcedencia de la medida cautelar. Ya por último, el Tribunal Supremo, saliendo al paso del argumento de la presunción de legitimidad de los actos y disposiciones administrativas, entiende que dicha presunción quiebra cuando se da «una apariencia de buen derecho» en la pretensión del impugnante.

5. CONTRASTE Y VALORACIÓN DE AMBAS RESOLUCIONES

Expuestas a grandes rasgos las líneas argumentales de la Sentencia del Tribunal Constitucional, del Auto de suspensión de determinados artículos del Reglamento General de Recaudación y del Real Decreto 290/92 sobre la ejecución extrajudicial de créditos hipotecarios, y valorado en su justo mérito el reconocimiento sin matices de la tutela cautelar como exigencia del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, se hace necesaria una breve reflexión sobre las consecuencias de tal afirmación en lo que respecta a la cada vez menos nítida distinción entre los actos administrativos y los actos privados, ya que, como anticipábamos, mientras se va consagrando con fuerza la autotutela de los actos privados, los administrativos van siendo poco a poco despojados de tan tradicional privilegio.

En efecto, la doctrina ha venido definiendo los actos administrativos, entre otros criterios, por los privilegios de presunción de validez y ejecución forzosa que se pretenden esenciales de los mismos y que aparecen consagrados por la Ley de Procedimiento Administrativo (arts. 45, 101 y 102) para los actos de la Administración del Estado y por la Ley de Bases de Régimen Local (art. 51) y el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales (art. 208) para los de las entidades locales.

El privilegio de la presunción de validez o legalidad de los actos administrativos —otros autores hablan de autotutela declarativa o simplemente de fuerza obligatoria— es definido por la doctrina como aquella presunción de que gozan los actos administrativos de ajustarse por principio a derecho y que les convierte en obligatorios sin necesidad de

una sentencia declarativa previa. La fuerza obligatoria de los actos administrativos, al crear situaciones y definir derechos y deberes unilateralmente (16), no requiere, pues, del control judicial previo y, a la inversa, este control judicial sólo puede llevarse a cabo cuando la Administración ha decidido previamente de manera ejecutoria (17). Es precisamente por este privilegio por lo que mientras que los actos jurídicos privados han de validarse ante el Juez cuando se tachan de nulos, los actos administrativos, aun siéndolo, pasan por válidos mientras que esa nulidad no ha sido declarada judicialmente (18). Esta presunción no es, por supuesto, *iuris et de iure* y admite prueba en contrario en todo tipo de procedimientos en los que se discuta su validez, aun cuando su efecto práctico sea el de gravar a los ciudadanos con la carga de recurrir para deshacer la presunción de validez de que se beneficia la Administración actuando ésta siempre como demandada.

A este primer privilegio va unido en nuestro derecho el de la ejecución forzosa de los actos administrativos o, con otra terminología, ejecutoriedad, privilegio de decisión ejecutoria o autotutela ejecutiva, que consiste en la cualidad del acto administrativo de producir todos sus efectos aun contra la voluntad de los obligados, violentando su propiedad y libertad (19). Este privilegio separa los actos administrativos de los privados, ya que éstos, se dice, nunca pueden ejecutarse por la fuerza; cualquier alteración de la situación de hecho existente exige un proceso de ejecución que asegure el respaldo coactivo del Estado. El así formulado, es el principio de paz jurídica que ampara la situación posesoria existente y atribuye la competencia exclusiva a los tribunales para alterar dicha paz. La Administración, por el contrario, puede, salvo que una ley establezca la intervención judicial, ejecutar sus actos por sí misma, utilizando la coacción sobre el administrado a través de los medios que prevé el artículo 101 de la LPA, ejecución que no puede paralizarse, por regla general, salvo cuando en vía administrativa se alegue un motivo de nulidad de pleno derecho de los previstos en el artículo 47 de la Ley de Procedimiento (art. 106 de la LPA), o cuando, en vía judicial, el interesado acredite perjuicios de muy difícil o imposible reparación (art. 122 de la LJCA).

Ni que decir tiene que este segundo privilegio, la facultad de ejecución forzosa, no es un elemento común a todos los ordenamientos de corte continental; de hecho, en el Derecho francés, cuna del término de *décision exécutoire*, según lo formuló HAURIOU (20), y que nosotros hemos recibido, hace referencia simplemente a la facultad del acto o resolución administrativa de producir por sí misma efectos jurídicos o

(16) GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo español*, tomo II, Navarra, 1987, pág. 128.

(17) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Madrid, 1990, págs. 500 y 501.

(18) PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo. Parte General*, Madrid, 1991, pág. 138.

(19) PARADA VÁZQUEZ, *ob. cit.*, pág. 140.

(20) *Précis de droit administratif*, 11.ª ed., pág. 658.

de modificar unilateralmente situaciones anteriores y crear nuevos derechos u obligaciones (21), sin que la Administración pueda, salvo supuestos excepcionales, ejecutar forzosamente por sí misma y sin intervención judicial sus decisiones.

No existe, en efecto, en el Derecho francés una regulación general que establezca el principio de ejecución forzosa de los actos administrativos por la propia Administración; muy al contrario, la garantía del cumplimiento por los particulares de los actos administrativos se asegura a través de la imposición de sanciones penales normalmente contravencionales (22) y, en los casos en que es necesario ejecutar positivamente el mandato del acto administrativo, mediante la autorización del Juez Penal a la Administración para la ejecución material del acto administrativo en base a los artículos 539 y 464 del Código de Procedimiento Penal, autorización que sólo otorgará tras un análisis del fondo de la legalidad y regularidad de la resolución administrativa.

Sólo en supuestos excepcionales, definidos por el Comisario Romieu en el conocido *arrêt* del Tribunal de Conflictos de 2 de diciembre de 1902 (*Société Immobilière de St.-Just*), es posible prescindir de la intervención judicial: cuando así lo autorice expresamente una Ley, cuando sin autorización legal no se prevea sanción alguna que fuerce su cumplimiento o, por último, cuando a pesar de existir sanciones se den motivos de urgencia.

Pero en nuestro Derecho, como dijimos, sí se da plenamente este poder administrativo de la ejecutoriedad de los actos de la Administración, cuya constitucionalidad ha sido consagrada definitivamente por el Tribunal Constitucional en aras del principio de eficacia (STC 22/84). No obstante, este privilegio ha ido sufriendo un paulatino debilitamiento ante las cada vez más frecuentes y generosas medidas cautelares amparadas en la mera existencia de una apariencia de buen derecho en la pretensión del particular, el denominado *fumus bonis iuris*, medidas justificadas, según el Tribunal Constitucional, en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE. Con ellas se evitan los perjuicios que puedan derivarse de la excesiva duración del proceso, para lo cual el Juez o Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, se limita a analizar la apariencia del derecho que acredita el recurrente. Pero como en todas las cosas, en el ámbito de las medidas cautelares no caben reglas fijas y uniformes y, en todo caso, la procedencia de tales medidas deberá pasar por un análisis pormenorizado del supuesto en cuestión y una apreciación, en segundo lugar, del interés público que subyace en el acto anulado, factor este último que parece haber desaparecido de algunos pronunciamientos judiciales (23).

(21) DEVOLVÉ, *L'acte administratif*, Sirey, 1983, pág. 261.

(22) En el Código Penal se incluye una parte reglamentaria que cubre las infracciones a la legislación especial administrativa con sanciones correccionales, a la vez que se incriminan genéricamente con pena de multa las infracciones a los reglamentos legalmente establecidos por la autoridad administrativa (véase al respecto R. PARADA VAZQUEZ, *Derecho Administrativo. Parte General*, cit., págs. 147 y ss.).

(23) La necesaria apreciación del interés público que subyace en cada caso, es

Resulta así debilitada la tradicional prerrogativa administrativa de ejecución forzosa, la autotutela de los actos administrativos, reducida a la presunción de legalidad o validez. Sin embargo, tampoco esta prerrogativa se ha librado de la crisis con que en la actualidad se enfrenta la eficacia de los actos administrativos, y ello como consecuencia también de las medidas cautelares porque, según ha entendido el Tribunal Supremo en el Auto de 17 de marzo de 1992, la presunción de legalidad, y con ella lógicamente la fuerza obligatoria, queda destruida con la simple oposición del administrado siempre y cuando esté «*aparentemente bien fundada*». En consecuencia, la presunción de legalidad no queda destruida, en opinión del Alto Tribunal, por el pronunciamiento final del Juez sobre la ilegalidad del acto, sino con una valoración provisional que sólo necesita una simple apariencia de buen derecho.

Ahora bien, frente al proceso relatado de crisis y debilitamiento de los dos privilegios que componen la autotutela de los actos administrativos, no cabe por menos de destacar el proceso inverso que han experimentado algunos actos privados que fueron, primero, dotados de una presunción de validez similar a la de los actos administrativos y que, posteriormente, han logrado beneficiarse de una suerte de ejecución forzosa sin intervención judicial, mucho más efectiva incluso que aquella de la que gozan hoy los actos administrativos (24).

Así, en primer lugar, gozan de una presunción de validez similar o superior a la de los actos administrativos los títulos ejecutivos del artículo 1429 de la LECv, título suficiente para iniciar un proceso ejecutivo ya

decir, la apreciación por los Jueces de la medida en que el interés público exige la ejecución del acto o de la tutela cautelar sobre el mismo, es uno de los puntos en que hace especial hincapié CHINCHILLA MARÍN, *ob. cit.*, págs. 184 y ss. Según la citada autora, en todo caso habrá de apreciarse, entre otros, el criterio de la ponderación que consiste en medir la intensidad de las exigencias del interés general frente a la ejecutividad del acto administrativo, en cada caso concreto. *Se trata del test que permite averiguar si la desigualdad ante la ley que produce la prerrogativa de la ejecutividad de sus actos está o no justificada, y si es o no discriminatoria y, por ende, constitucional.* Habrá —según este razonamiento— casos, excepcionales, eso sí, en los que el interés público exija la ejecución de un determinado acto aun cuando ello suponga privar de la tutela judicial a ese ciudadano.

A este respecto, recuerda la autora la regulación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional sobre la suspensión de los actos recurridos en amparo. Su artículo 56.1 dispone que procederá suspender el acto objeto de recurso de amparo cuando su ejecución «hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad». Pero a continuación establece una excepción: se podrá denegar, aun cuando se dé la condición anterior, cuando de la suspensión pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de los derechos fundamentales y libertades públicas.

(24) Este proceso ha sido alentado por la doctrina procesalista mayoritaria, si bien es verdad que ésta advierte también sobre la necesidad de actuar en este tema con la debida cautela. Como pone de relieve ORTIZ NAVACERRADA (*ob. cit.*, pág. 25), «*el derecho debe conformar sus estructuras a planteamientos sociales generales y consolidados, pero no plegarse a exigencias de mero privilegio o coyuntura: ha de hacer aquello, además, sin quiebra de principios institucionales ni ruptura de esquemas de probada incardinación social. Permitir el acceso a la ejecución de situaciones en que no concurren estricta y exactamente los factores que configuran y justifican su tratamiento en sede ejecutiva, habría de favorecer abusos, coacciones y fraudes, y por tanto, de ocasionar daños de entidad considerablemente mayor que la de los que se intentan conjurar*».

que la apariencia de derecho reflejada en el título, junto con el cumplimiento de los requisitos formales exigidos legalmente, determina sin más una actuación coactiva del Estado en favor del acreedor, actuación coactiva que cristaliza en la traba de los bienes del deudor y la imposición a éste de la carga de seguir un proceso a fin de demostrar que la apariencia del derecho que se deduce del título no responde a la realidad (25).

Por otra parte, son muchas las leyes que han ido añadiendo a la enumeración del artículo 1429 de la LECv otros nuevos títulos ejecutivos: los previstos en la Ley de Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas (art. 44.2); los contemplados en los artículos 10 y 15 de la Ley sobre uso y circulación de vehículos de motor; los del artículo 3 de la Ley de 27 de julio de 1968 sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y adquisición de viviendas; el previsto en el artículo 15 de la Ley de 8 de octubre de 1980 sobre contratos de seguros; el del artículo 90 de la Ley de 7 de julio de 1981 por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de separación, nulidad y divorcio; y los que se determinan en los artículos 7, 8 y 12 de la LECv y en los de la propia Ley u otras que a ellos se remiten sobre provisión de fondos y cobro de honorarios profesionales.

Por si ello fuera poco, el artículo 1435.4 de la LECv otorga, como hemos visto, el valor de título ejecutivo, dotando de presunción de legalidad a efectos de decretar el embargo de bienes del presunto deudor, al acto unilateral de la entidad de crédito en el que, sin previa audiencia del presunto deudor, se establece la sumaalzada del débito. De similar privilegio se ven, además, dotados los acuerdos de organización, ya sean de comunidades de propietarios, sociedades o asociaciones, empleándose incluso, como observa PARADA (26), la misma técnica del Derecho Administrativo de presumir válido y ejecutivo el acuerdo de la organización, imponiendo sobre el discrepante la carga de recurrir en plazos perentorios (art. 16 Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, Decreto de 20 de mayo de 1965 de desarrollo de la Ley de Asociaciones y art. 62 de la Ley de Sociedades Anónimas). También los actos de la Junta de Propietarios declarando morosos por impago de las deudas tienen carácter ejecutivo, ya que la reclamación judicial no necesita de requerimiento previo, otorgándose a la certificación del acuerdo de la Junta valor suficiente para decretar el embargo preventivo (Ley de la Propiedad Horizontal, 2/1988).

(25) En palabras de ORTIZ NAVACERRADA, *ob. cit.*, págs. 33 y ss., el título ejecutivo es un documento que por su contenido no se diferencia de muchos otros documentos de presencia ordinaria en el tráfico jurídico: documenta la relación existente y las posibles modalidades de exigencia y prestación pero no los factores estrictamente determinantes de la responsabilidad. Su peculiaridad es, pues, que a partir de la existencia del título ejecutivo, las afirmaciones implícitas o expresas del acreedor hacen nacer una presunción de responsabilidad del supuesto deudor, motivo por el cual se articula durante el juicio ejecutivo una primera etapa declarativa destinada a recoger y decidir una posible oposición por el deudor a la ejecución iniciada en su contra, dirigida a destruir la presunción de responsabilidad que operó en perjuicio suyo.

(26) PARADA, *ob. cit.*, pág. 140.

Además, en segundo lugar, determinados actos privados, concretamente los créditos hipotecarios, como aquí referimos, son provistos de un procedimiento especial de ejecución, al margen de la intervención judicial que sólo se hace necesaria para el traslado de la posesión, de forma similar a la intervención que tienen los Jueces en aquellas ocasiones que son llamados a colaborar en la ejecución forzosa de los actos de la Administración: la colaboración en la ejecución de las cuotas impagadas de la Seguridad Social o la autorización para entrada en domicilio. Se consagra mediante este procedimiento una suerte de ejecución forzosa en manos del acreedor hipotecario.

Podría decirse, sin embargo, que tanto la determinación unilateral de la cuantía del crédito con que se favorece a los acreedores como la posibilidad de llevar a cabo la ejecución extrajudicial no nace de la propia Ley, sino de un pacto de los interesados, por lo que no podría hablarse de un especial privilegio de estos actos privados, sino de la fuerza que a los mismos concede un determinado pacto. Sin embargo, nada más lejos de la realidad por cuanto no se trata en estos casos de un verdadero contrato, no al menos de un contrato que nazca de una posición de igualdad de las partes, sino todo lo contrario. Como pone de relieve el voto particular del Magistrado De la Vega Benayas en la STC 14/1992, se trata en estos casos de un verdadero contrato de adhesión en el que el deudor no tiene más remedio que admitir las condiciones si quiere ser beneficiario del préstamo.

En todo caso resulta curioso señalar que éste es, precisamente, el origen de las prerrogativas exorbitantes de la Administración en los contratos administrativos, privilegios inicialmente incluidos en los pliegos de condiciones de cada contrato desde donde pasaron a reconocerse con carácter general y sin necesidad de estipulación contractual para todos aquellos contratos que celebraba la Administración.

En efecto, como refiere PARADA (27), la categoría de los contratos administrativos y su distinción de los civiles se asentó inicialmente sobre la idea del fuero al solo efecto de la delimitación competencial de las Jurisdicciones civil y administrativa: los contratos administrativos no eran otra cosa que contratos civiles de los que conocía la Jurisdicción contencioso-administrativa. *«El Estado cuando contrata —dice CORMENIN— no trata por vía de autoridad, sino como un particular que contrata con otro particular. De aquí que el Consejo de Estado no se atiene ni a la magnitud de las pérdidas sufridas ni a la importancia de los beneficios obtenidos por los suministradores, ni a la calidad de las personas, ni a los efectos de las circunstancias. El Consejo de Estado no se considera como Juez de equidad, como un árbitro encargado de terminar esta suerte de negocios por las vías de una amigable composición, sino como un tribunal, como un Juez ligado por las estrechas estipulaciones de las partes a las que él se liga religiosamente, sean favorables o contrarias a los intereses del*

(27) PARADA VÁZQUEZ, *Sobre los orígenes del contrato administrativo*, Sevilla, 1963, págs. 57 y ss.

Gobierno. De aquí que el Gobierno está ligado por la consumación del contrato y debe pagar a los contratistas según las condiciones y precios sinalagmáticamente previstos y reglados por el contrato... no puede, una vez consumado, creerse unos privilegios que él no habría aceptado y que no reconocería en su adversario... el único juez, el único lazo en materia de convenciones libres y sinalagmáticas es el contrato es, pues, el contrato sólo lo que es necesario aplicar, lo que es necesario ejecutar» (28).

Los privilegios de la Administración en los contratos administrativos eran, pues, de índole posicional y consistían en otorgar a la Administración la facultad de adoptar toda clase de providencias sobre la relación contractual inmediatamente ejecutivas sin que ningún recurso pudiera paralizar su ejecutividad. Ahora bien, este privilegio posicional en la actividad privada de la Administración se articulaba por medio de la misma índole privada, no se plasmaba en normas jurídicas, sino que se introducía en las propias cláusulas del contrato. Por ello afirma CORMENIN ser «suficiente que el Ministro estipulase en sus contratos que hasta la rescisión o hasta la ejecución consumada él sólo será juez provisional, tanto en los casos de simple ejecución como en los supuestos contenciosos. El contratista, que habría aceptado esta cláusula, no podría lamentarse y el interés del Estado estaría entonces plenamente cubierto en todas las circunstancias».

En definitiva, la aceptación de la legitimación paccionada para introducir la ejecutoriedad en los actos privados podría verse, junto con otras señales, como un primer paso hacia su admisión generalizada en el futuro, lo que supondría un desplazamiento del Juez al plano de órgano estrictamente revisor de las decisiones privadas ejecutoriadas, como ya ha acontecido en el Derecho Administrativo. Es sólo cuestión de tiempo.

(28) *Questions de droit administratif*, Bruselas, 1834, págs. 374 a 579, citado por PARADA, *Los orígenes del contrato administrativo*, cit., págs. 58 y 59.

