

El pacto de determinación unilateral de deuda y su posible abusividad (1)

Belén Casado Casado

*Profesora Contratado Doctora Derecho Civil
Facultad de Derecho
Universidad de Málaga*

Resumen: *El procedimiento de ejecución hipotecaria, por su remisión al procedimiento ejecutivo común, permite que el acreedor fije unilateralmente la cantidad debida cuando se ha establecido pacto de liquidación en el título. La Doctrina y Jurisprudencia se han pronunciado negando el carácter abusivo de esta cláusula. Pretendemos en este artículo estudiar si resulta perjudicado el consumidor en virtud de este pacto. Queremos analizar las consecuencias que dicha cláusula puede tener sobre la parte deudora, su incidencia en el procedimiento de ejecución. Es el deudor el que debe actuar para evitar la imposición de cuantías no debidas puesto que el Tribunal sólo admite o inadmite el despacho de ejecución en base a motivos procesales. Se presenta el tema como un asunto de total actualidad en el momento presente relacionado con la implicación por abusividad de otras cláusulas como las cláusulas suelo o las cláusulas de intereses moratorios, pero entendemos que ha tomado ahora protagonismo propio.*

Palabras clave: Pacto, liquidación unilateral, cuantía, consumidor, cláusula abusiva, contratos bancarios, crédito hipotecario, procedimiento de ejecución

Abstract: *The foreclosure procedure, related to the common executive procedure, allows the creditor to set unilaterally the amount due if a settlement agreement has been established. The Doctrine and Jurisprudence have pronounced denying the abusive character of this clause. In this article we intend to study if the consumer is harmed under this agreement. We want to analyze the consequences that such clause can have on the debtor party, its impact on the enforcement procedure. The debtor should act to avoid the imposition of amounts not due, since the Court only admits or disallows the execution order based on procedural grounds. The subject is presented as a matter of total actuality related to the implication by abusiveness of other clauses, such as floor clauses or default interest clauses, but we understand that it has own protagonism.*

Keywords: Agreement, unilateral liquidation, amount, abusive clause, consumer, bank

I. Marco normativo procesal introductorio. Procedimiento de ejecución hipotecaria. Antecedentes históricos

El procedimiento de ejecución hipotecaria está regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) en los artículos. 681-698 con el título «De las particularidades sobre la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados». En estos preceptos la norma procesal remite al procedimiento ordinario de ejecución (art. 685 LEC. Demanda ejecutiva y documentos que han de acompañarse a la misma) al establecer que la demanda deberá dirigirse contra el deudor, contra el hipotecante no deudor o contra el tercer poseedor de los bienes hipotecados y deberá contener el título de crédito junto con demás documentos necesarios establecidos para la ejecución conforme al artículo 550 LEC y 573/574 LEC. Todo ello después de señalar ya en artículos anteriores algunas especialidades del procedimiento como la necesidad de fijar el precio de tasación del inmueble a efectos de subasta o la fijación necesaria de un domicilio del deudor a efectos de notificación o requerimiento. Las demás particularidades del procedimiento se relacionan, entre otras, con cuestiones de competencia, requerimiento de pago, donde de nuevo el artículo 686 remite también a las normas del procedimiento de ejecución ordinaria, en este caso, al artículo 581 LEC, certificación de domino y cargas, convocatoria de la subasta, pago y aplicación del sobrante. Resulta interesante hacer referencia a las particularidades de este proceso en relación a las causas de oposición puesto que el artículo 695 LEC recoge cuatro causas de oposición tasadas que son:

- Extinción de la garantía o de la obligación garantizada.
- Error en la determinación de la cantidad exigible (2) .
- La tercera causa referida a la ejecución de bienes muebles hipotecados o con prenda sin desplazamiento por embargos inscritos con anterioridad.
- La cuarta relativa a la existencia de cláusulas abusivas que constituyan el fundamento de la ejecución o que hubiesen determinado la cantidad exigible. En caso de oposición se suspenderá la ejecución y se citará a las partes a una comparecencia ante el Tribunal.

Respecto al procedimiento de ejecución ordinario, y específicamente referido a las ejecuciones dinerarias, la norma procesal (arts. 571 y ss.) refleja que se puede despachar ejecución cuando la cantidad sea líquida. De esta manera, el artículo 571 especifica este requisito y el artículo 572.1 relaciona la liquidez de la deuda con la determinación de la cantidad debida, ya que literalmente recoge que «se entenderá por líquida toda cantidad de dinero determinada». Es el artículo 572.2 LEC el que toma de referencia a efectos de ejecución dineraria la cantidad fijada unilateralmente por el acreedor si se ha pactado en la escritura dicha determinación unilateral por el saldo resultante de operaciones (3) .

Los artículos 573 y 574 LEC entran en la especialidad de este pacto contenido en el artículo 572.2.

En concreto, el artículo 573 para la ejecución por saldo de cuenta, exigiendo requisitos especiales de documentación a aportar a la demanda ejecutiva como son:

- certificación del saldo con las partidas de cargo y abono,
- documento fehaciente que acredite la liquidación en la forma pactada y
- documento que acredite la notificación al deudor y fiador si lo hubiera.

Como documento opcional los justificantes de las diversas partidas de cargo y abono.

Respecto a la ejecución en casos de interés variable, el artículo 574 está totalmente relacionado con el artículo 573 y por tanto al mismo tiempo con el artículo 572.2 que le precede, ya que determina que la cantidad líquida por la que se despacha ejecución puede ser unilateralmente fijada por el acreedor —parte ejecutante—, expresando el acreedor las operaciones de cálculo que arrojan como saldo dicha cantidad. Deberán aportar documento fehaciente de liquidación conforme a lo pactado y documento que acredite notificación al deudor y o fiador; opcionalmente los justificantes de dichas operaciones de cálculo (4) .

La reforma más reciente que ha afectado a estos artículos es la que ha conllevado la introducción de una causa de oposición dentro del proceso de ejecución por la existencia de cláusulas abusivas;

ello supuso la modificación del procedimiento ejecutivo a efectos de que, de oficio o a instancia de parte, el órgano judicial competente pueda apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo, y como consecuencia, decretar la improcedencia de la ejecución o la inaplicación de aquellas consideradas abusivas. Dicha modificación se adopta como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 (TJCE/2013/89), dictada en el asunto por el que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona de 2 de mayo de 2013 (respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993).

El llamado pacto unilateral de liquidación de deuda aparecía ya recogido en el antiguo artículo 1435 LEC, en su redacción originaria, antes de la reforma de 1984: y más anterior aún en la Orden de 21 de abril de 1950 que contaba al mismo tiempo con el precedente del artículo 103 del Reglamento del Banco de España, promulgado por Orden Ministerial de 23 de marzo de 1948.

Este precepto ha sido muy estudiado desde hace tiempo; desde sus orígenes ha sido controvertida su constitucionalidad, ha sido fuente continua de debate y discusión. Las principales críticas eran aquellas que veían en la fijación unilateral de la deuda por el acreedor una especie de privilegio para el banco que podía perjudicar a la parte contraria. Se cuestionaba el que esta determinación de la cuantía pudiera ser errónea en beneficio del acreedor; se pensaba en que esta delimitación unilateral de la deuda podría vulnerar el artículo 1256 Código Civil en cuanto deja el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes, también se alegaba inconstitucionalidad pues al ser configurado como tal privilegio para los bancos vulneraría el artículo 14 de la Constitución Española (5) .

La idea de privilegio para los bancos, en un principio para el Banco de España y posteriormente extendido a todas las entidades financieras, bancos, cajas de ahorro, y en la actualidad a todos los acreedores, es una idea que no se discute y que se ha mantenido desde los orígenes como fundamento de la medida (6) . Este privilegio estaba justificado en la necesidad de liquidar y/o determinar la cantidad debida a efectos de ejecución; razones de economía y celeridad procesal y de protección al acreedor en la satisfacción del importe del crédito.

El hecho de exigir conductas activas del deudor, en colaboración con el acreedor para poder ejecutar la deuda, no tenía sentido ya que la conducta del ejecutado podría representar más bien lo contrario, una obstrucción a la continuidad de procedimiento. El contrato de crédito se había convertido en un contrato de uso muy extendido en las operaciones bancarias y era esencial para el tráfico jurídico que estas entidades pudieran recobrar lo entregado. Al configurarse sobre cuentas corrientes donde el deudor podría disponer de un tope máximo estipulado, en la fecha de ejecución había que comprobar la disposición realizada por el deudor de esas cuantías preconcedidas, con lo cual era totalmente necesario un procedimiento que permitiera liquidar para determinar exactamente el importe debido. En los contratos de apertura de crédito la entidad se obliga a permitir al acreedor que disponga de cantidades a su conveniencia. La deuda vendrá determinada en función precisamente de la disposición de estas cantidades y de los pagos que se haya podido realizar. De ahí que la certificación del saldo por el acreedor se hace totalmente necesaria para poder iniciar la ejecución, ya que esa certificación unilateral marcará el importe debido. Si esta actuación se hace indispensable en los contratos de cuenta corriente, muy necesario es también la certificación del saldo en contratos de préstamo hipotecario sometidos a interés variable por el mismo requisito de liquidez o de determinación de la cantidad debida (7) .

En sus orígenes la norma aludía a la necesidad de cantidad líquida o liquidable a efectos de ejecución como requisito necesario para iniciar el procedimiento; puede ser que la liquidez quede totalmente reflejada en el título ejecutivo, donde conste la cantidad en dinero efectivo, o resultante de una operación aritmética simple, o si es en cosa o especie, que dicha cosa o especie sea computable en dinero, siempre claro está que estemos hablando de una deuda vencida. Así nace el precepto aludiendo a cantidades de dinero en efectivo o a cosas o especies computables en dinero; siempre buscando la liquidez de la deuda a efectos de ejecución. En concreto, el antiguo artículo 1436 referido al cómputo para la determinación de la deuda en cosas o en especies establecía:

«Cuando la deuda consista en alguna de las especies que se cuentan, pesa o miden se hará computación a metálico por el precio pactado en la obligación y en su defecto por el precio medio que tuviere la especie en el mercado, acreditándolo con certificaciones de los síndicos del Colegio de Corredores, si lo hubiera en la población, no habiéndolo con certificación de la Autoridad municipal correspondiente quedando a salvo su derecho al deudor a pedir la

reducción si acreditare que hubo exceso oponiéndose a la ejecución. El actor deberá presentar dicha ejecución acompañándola a la demanda».

En la actualidad se pretende igualmente la determinación de la deuda en contratos de cuenta corriente, también en préstamos hipotecarios a interés variable. Pero desde 1984 y sucesivas reformas la idea del legislador ha sido la de proteger al deudor de la unilateralidad de la certificación mediante la inclusión de tres requisitos procedimentales —notificación, certificación del saldo y documento fehaciente—. Fue muy cuestionada esta medida desde sus orígenes y las sucesivas reformas han ido buscando formas de corrección de la unilateralidad de la certificación del saldo por el acreedor. Tal vez hubiese sido mejor la eliminación del privilegio partiendo de posiciones más igualitarias desde el inicio y no de modificación una y otra vez de aquello que se percibía ya como algo de dudosa legalidad. Pero este privilegio ha llegado hasta nuestros días extendido a los procedimientos de ejecución y respecto de cualquier acreedor (8) .

Tal vez hubiese sido mejor la eliminación del privilegio partiendo de posiciones más igualitarias desde el inicio y no de modificación una y otra vez de aquello que se percibía ya como algo de dudosa legalidad

La finalidad de protección al consumidor se acentúa a partir del año 1984 con la normativa de protección a los consumidores. La Ley 34/1984 de 6 de agosto de Reforma Urgente de la LEC reforma el artículo 1435 LEC. Esta modificación procede de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados. En su Exposición de Motivos, el grupo enmendante decía textualmente:

«Se trata, además de reforzar la posición jurídica del deudor evitando que la determinación del saldo quede al arbitrio de la entidad acreedora, con dos mecanismos: la revisión por parte del fedatario y la coincidencia del saldo con la contabilidad» (9) .

En todo momento en la norma se hacía alusión al pacto o acuerdo para la liquidación unilateral. Incluso el antiguo artículo 1436 cuando habla de la liquidación de cosa o especie computable en dinero determina la liquidación por el precio pactado en la obligación o por el precio medio del mercado. Aquí se hace necesario el pacto de liquidación mediante certificación unilateral.

Se han añadido requisitos de protección hacia el deudor que tienen que ver con la intervención de terceros —en concreto, fedatario público—. Es necesario que se aporte certificación del saldo justificada para la comprobación posterior mediante documento fehaciente donde conste que ese importe coincide con el saldo en cuenta o con el débito concedido y que se ha liquidado la deuda conforme a lo pactado, es decir comisiones, intereses remuneratorios, intereses moratorios, etc. (10)

Algunos autores entran a valorar la intervención del fedatario, si hace un auténtico estudio contable para verificar que la certificación del saldo es exacta y se adecua al contrato, si analiza la base obligacional, comisiones, intereses etc. y comprueba que es correcta, con apoyo o auxilio técnico si fuera necesario; o si, por el contrario, se trata de una actuación que queda en la formalidad, en la superficie, que no supone modificación sustancial de la anterior, de esta manera piensan que lo único que ha hecho la reforma de 1984 es dotar de rango legal al contenido de la Orden Ministerial de 21 de abril de 1950, que establece que el fedatario se limitará a comprobar que dicho saldo coincide con el que figura en los libros contables. Los defensores de la tesis maximalista entienden que hace una auténtica comprobación que se corresponde con funciones de auditoría pese a que el notario no debe tener conocimiento contable. Apuntan a una superación de la idea de unilateralidad; es necesario realizar una auténtica labor de verificación o revisión mediante el análisis de cada uno de los asientos contables (11) .

Por otro lado, otra cuestión muy polémica es la del valor probatorio de la certificación y del documento fehaciente. La doctrina discute este hecho. Pero hay otras opiniones que mantienen que no estamos más que en fase procesal ejecutiva y que son sólo trámites en el proceso, no se estudia la veracidad de lo aportado, quedando esto reservado para un procedimiento declarativo. Son sólo requisitos procesales para permitir el despacho de ejecución. En defensa de la no presunción de veracidad del pacto está la idea de que en sus orígenes la Orden de 1950 recogía literalmente que la certificación unilateral «hará fe en juicio y surtirá todos los efectos legales patrimoniales, y a ella se someterá el deudor, los avalistas y deudores» y que esta mención concreta fue suprimida del artículo

1435 LEC. Con posterioridad, la Ley 10/1992, de 30 de abril de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, también realizó cambios en el precepto (12) .

El primero de los requisitos procedimentales que se mantiene en la actualidad es la existencia de convenio o pacto previo para que opere el segundo de los requisitos que es la certificación de saldo por el acreedor. El tercer requisito procedimental está relacionado con la intervención del Notario a través del documento fehaciente de comprobación.

No podemos olvidar que la finalidad del legislador con la introducción de estos tres requisitos procedimentales es la protección al deudor y que por tanto, la falta de alguno de ellos puede originar que no pueda ser despachada ejecución, pues la norma procesal tiene marcado carácter imperativo y debe ser cumplida.

Que todas las reformas sucesivas han estado inspiradas en la idea de protección al consumidor/deudor se comprueba también en el dato de que el requisito de notificación al deudor o fiador aparece por primera vez tras la reforma de 1992.

II. La posición de la doctrina sobre el pacto de liquidación unilateral de deuda como medida inserta en el procedimiento de ejecución hipotecaria

El hecho de que el pacto unilateral de liquidación de deuda es un tema debatido es algo que ya podemos apreciar tras el análisis de los antecedentes históricos, por las sucesivas reformas (13) .

Está claro que la norma no satisface, y este hecho tiene que ver con la protección al consumidor. A las críticas o al debate sobre cuestiones constitucionales relacionadas con la posible vulneración del derecho de defensa y tutela judicial efectiva, se añade el planteamiento o estudio sustantivo del pacto. En la actualidad se plantea la controversia sobre la abusividad del acuerdo. Pero entendemos que el análisis de su incidencia en el proceso es imprescindible para el examen de la parte sustantiva, materia esta última que trataremos en un epígrafe posterior.

El que dicha estipulación se concebía como privilegio exorbitante para el acreedor es una cuestión pacífica (14) ; como tal concesión o privilegio para el acreedor pudiera resultar injusta para el deudor, pero manifiestan los autores que dicha prerrogativa está justificada por la necesidad de determinar la cantidad debida en el despacho de la ejecución. Es recurrente la idea de funcionalidad del pacto de liquidación unilateral para salvar el escollo procesal de la indeterminación de la deuda (15) , que impediría la conversión del título no judicial en título ejecutivo. Por ello, el mecanismo de reconocimiento legal de este pacto parte de la idea de la necesidad de determinar la cuantía, y esta percepción se mantiene en las sucesivas reformas, pensando sobre todo en unos acreedores específicos y respecto de unos contratos específicos, —entidades financieras / contrato de cuenta corriente / contratos de préstamo a interés variable— donde el requisito de determinación de deuda no se soluciona con una simple operación aritmética, pues si ello fuera así entendemos no cabría hablar de privilegio, al menos desde luego no exorbitante, pues claro sería el resultado aun habiendo realizado este cálculo el acreedor.

Hay también consenso en que estamos en un período procesal concreto donde el documento aportado por el acreedor tiene una finalidad exclusivamente instrumental, para permitir el despacho de ejecución, sin perjuicio de la plus petición como causa de oposición, o que pueda ser alegada por el deudor cualquier otra causa de oposición fijada en la ley, y sin perjuicio del posterior juicio declarativo cuestionando la veracidad de lo aportado. Por ello el juez no puede denegar el despacho de la ejecución salvo por motivos formales. Se afirma que ni siquiera puede el juez denegar el despacho de la ejecución aunque entienda que deba ser otra la cantidad debida (16) . El deudor, en trámite de oposición, debe acreditar su disconformidad, precisando la cuantía no debida por principal o intereses vencidos, de tal manera que puede ser desestimada la oposición si no manifiesta qué cuantía es la que no procede de la liquidación presentada por el acreedor (17) . Además, hemos de tener en cuenta que el incidente de oposición tiene una tramitación extremadamente simple, presentando el escrito planteándola, dentro de los 10 días siguientes a la notificación del auto despachando ejecución, el Secretario judicial suspenderá la ejecución y convocará a las partes a una comparecencia ante el Tribunal, debiendo mediar 4 días desde la citación; en dicha comparecencia el Tribunal les prestará audiencia admitiendo los documentos que se presentan y acodará en forma de auto lo que estime conveniente (18) .

Se trata únicamente de una formalidad procesal que no

A las críticas o al debate sobre cuestiones constitucionales relacionadas con la posible vulneración del derecho de defensa y tutela judicial efectiva, se añade el planteamiento o estudio sustantivo del pacto

presume nada y que puede desvirtuarse o cuestionarse en un posterior proceso declarativo. La sentencia del STC 14/1992, de 10 de febrero (19) manifiesta en esta línea la no presunción de veracidad del documento de fijación unilateral de deuda, pero la doctrina procesalista ha cuestionado que ello sea así, ya que sí entienden que existe cierta presunción de veracidad que precisamente es la que sirve de base para la posterior ejecución y para sustanciar en definitiva el título ejecutivo. Lo contrario supondría desvirtuar la esencia del proceso ejecutivo manifestando que nada presume y que no hay nada que desvirtuar, cuando el proceso de ejecución parte necesariamente de esta premisa. No podemos olvidar que el proceso de ejecución nace como procedimiento privilegiado, para permitir al acreedor transformar la finca en dinero, ofreciendo una mayor garantía para el cobro, y que resulta admitida la constitucionalidad del mismo (20) . De esta forma, la STC de 9 de mayo de 1995, en relación al artículo 131 LH lo denomina proceso especial de ejecución, dirigido a la realización del valor de la finca hipotecada, que carece de una fase de

cognición, y se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título, y la paralela disminución de posibilidades de defensa; se trata de un procedimiento que excluye la controversia entre las partes, y reduce al máximo la intervención del deudor y de los demás interesados, al objeto de impedir la suspensión del procedimiento fuera de los cuatro supuestos taxativamente señalados en el artículo 132 de la LH. La posibilidad de iniciar un juicio declarativo hace que no quede vulnerado el derecho de defensa del artículo 24 CE. Actualmente el procedimiento hipotecario tiene las mismas características, como procedimiento sumario con limitada cognición (21) .

Cuando resulta defendida su constitucionalidad, la idea del carácter material instrumental de la certificación unilateral apoya la reflexión en aras a mantener que el pacto no vulnera ningún derecho constitucional. Pero en la medida en que esta presunción de veracidad sea defendible podría de nuevo volverse a discutir su constitucionalidad. Por tanto, aparecen dos ideas contradictorias, la de la necesidad de liquidación unilateral como requisito instrumental para poder despachar ejecución, pues estaba tasada en el artículo 1467 LEC de 1881 la indeterminación de la cuantía como causa de nulidad del proceso, y la posible indefensión que ello causaría al deudor, sobre todo en procesos donde ha sido juzgado en rebeldía (22) .

La doctrina entiende que resulta totalmente imprescindible la liquidación unilateral cuando estamos hablando de préstamos a interés variable (23) , por la existencia de un proceso complejo para cuantificar la deuda. Precisamente por esta complejidad se añade el requisito pericial tras la reforma del precepto, pues es necesaria la comprobación del notario a través del documento fehaciente. No obstante, existen dudas sobre si el notario puede realizar esta actividad pericial de forma correcta porque para ello deba tener conocimientos contables, por la complejidad y la especialidad de los productos financieros (24) . Hay quien estima que la actividad del notario se limita a la comprobación de la liquidación conforme a las condiciones pactadas en el préstamo, esto es, que el interés ordinario sea el marcado, que los moratorios se han liquidado conforme a lo fijado, las comisiones etc., se han devengado en la forma que el contrato dio lugar a su nacimiento o devengo; ello significa que sería más bien una comprobación de la formalidad de la liquidación en relación a las condiciones pactadas, más que una pericial contable. Además, debemos tener en cuenta que el juzgado puede hacer uso de su facultad de petición de auxilio técnico para que en caso de duda pueda pronunciarse.

Hay conformidad sobre la cuestión referida al contenido de la certificación de saldo, pues esta cantidad debe reflejar el importe

La doctrina entiende que resulta totalmente imprescindible la liquidación unilateral cuando estamos hablando de préstamos a interés variable, por la existencia de un proceso complejo para cuantificar la deuda

de la deuda, intereses remuneratorios, intereses moratorios (25) , pudiendo quedar sin determinar, porque así lo reconoce la ley, los intereses procesales y las costas; también la ley permite al acreedor la fijación de una cuantía que puede ser reservada a efectos de ejecución, aumentada por tanto *a posteriori* (26) .

La certificación del saldo debe ser detallada, únicamente la ley establece que puede el acreedor optar por aportar o no los justificantes de las diferentes partidas de cargo y abono, pero no se duda de que resulta necesaria totalmente la aportación de la hoja de cálculo con el cuadro de amortizaciones, lo más detallado posible para que se entienda bien cada concepto que se liquida.

Con el requisito de la notificación al deudor y al fiador se salva también el problema de la indefensión, aunque la doctrina interpreta que dicha notificación no tiene que ser recepticia, porque no cabe exigir comportamiento activo al deudor en un proceso en que su interés por la no ejecución promueve que sea efectivamente lo contrario (27) . La finalidad de la notificación es

sólo dar a conocer al deudor la cantidad exigible una vez realizada la liquidación por el acreedor para que pueda regularizar su situación, no siendo un requerimiento de pago en sentido estricto, como última posibilidad del deudor para evitar el proceso judicial futuro. Pero ley no exige un modo concreto para llevarla a cabo; hay libertad absoluta de forma. Cualquier notificación al domicilio fijado en la escritura de constitución será válida y surtirá plenos efectos aún cuando no conste la entrega; también resulta válido el burofax sin acreditar la recogida o el telegrama (28) .

Antes de la entrada en vigor de la LEC 2000, entre los documentos a acompañar a la demanda se recogía el requerimiento extrajudicial notarial, un requerimiento de pago con diez días de antelación (artículo 131 LH regla 3ª n.º 3). Si dicho requerimiento no resultaba aportado, el juez realizaría el requerimiento judicial. Ahora el art. 682.2 LEC da prioridad al requerimiento judicial, y únicamente no se practicará de este modo cuando se acredite practicado extrajudicialmente conforme al artículo 581.2 LEC (29)

II. Estudio jurisprudencial (legalidad-constitucionalidad-abusividad)

Antes del pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la posible inconstitucionalidad del pacto unilateral de determinación de deuda, la batalla en los tribunales sobre este asunto estaba totalmente abierta. La STC de Pleno 14/1992, de 10 de febrero zanjó en parte la polémica, pero no la eliminó del todo. Las posteriores sentencias, sentencias como la SAP de Murcia, de 6 de marzo de 1993 y la STC 141/1995, de 3 de octubre, muestran lo que acabamos de expresar.

Los autores García-Arango y Díaz-Saavedra (30) , resumen muy bien en su trabajo el debate existente en los Juzgados antes del pronunciamiento del Constitucional en el año 1992. Por ejemplo, afirman que el Juzgado Núm. 8 de Sevilla entendía que este artículo 1435.4 LEC vulneraba el artículo 24.2 CE por cuanto se deja el nacimiento del título ejecutivo al arbitrio de una de las partes, título ejecutivo que abre el camino a un proceso sumario en que los medios de defensa quedan limitados *ex lege* y con un exiguo término probatorio más reducido incluso que el del juicio verbal. Y si el ejecutado se presenta oposición se encontrará en una posición procesal de subordinación. En el juicio ejecutivo hay una inversión de la posición de las partes en el proceso y, también, de la carga probatoria; no es suficiente rechazar los hechos alegados por el actor sino que hay que probar las excepciones. El actor es quien tiene el derecho a las últimas alegaciones a aportar documentos y a proponer pruebas, mientras que el demandado carece de la posibilidad de contradecir los datos introducidos por el demandante porque no hay trámite para ello. El término probatorio es de tan sólo 10 días, normalmente insuficiente para demostrar que los cálculos del demandante no son correctos, que no es líquida la obligación o que se ha excedido en el importe de la reclamación. No vale remitirse al juicio declarativo que contempla el artículo 1479 LEC porque una jurisprudencia reiterada impide que en el segundo se debatan los medios de oposición que pudieran emplearse en el juicio ejecutivo, incluyendo los contemplados en los artículos 1467 y 1466 LEC, que producen el efecto de cosa juzgada.

Los Juzgados de Madrid y Sevilla entendían que la facultad concedida en virtud del artículo 1435.4 LEC al acreedor es un privilegio contrario al artículo 51.1 CE y contrario a la Ley 26/1984 de

Protección a los Consumidores. Choca que el legislador otorgue carta de naturaleza legal a condiciones de la contratación como las mencionadas anteriormente (31) .

La doctrina del TC (STC 14/1992 de 10 de febrero) entiende que si el deudor se persona en los autos y se opone se abre una suscita fase contradictoria, con aportación de prueba y vista oral. No produce efectos de cosa juzgada en relación al posterior juicio declarativo si lo hubiera, no existe presunción de veracidad de la liquidación. El párrafo cuarto del artículo 1435 no restringe la potestad jurisdiccional para recibir el pleito a prueba. Se suprimió la mención de su antecedente, artículo 2 Orden 1951 con la referencia de que «hará fe en juicio y surtirá todos los efectos...», por ello no presume la veracidad, se quiso salvar esta duda con su reforma, de ahí la omisión normativa. Si el juez estima que la existencia de la deuda o su cuantía no ha quedado exactamente acreditada puede declarar la nulidad del juicio con las consiguientes consecuencias en virtud del artículo 1474 LEC. No consigna privilegio probatorio contrario al artículo 14 CE ni invierte la carga de la prueba, ni otorga carácter de documento público. No priva al deudor de un proceso con todas las garantías probatorias ni causa indefensión por exigir una prueba diabólica. La desigualdad de trato está justificada en favor de las entidades de crédito y por tanto es legal este tratamiento distinto de acreedores, que se presenta en el único contexto de los contratos de cuenta corriente. No obvia la facultad de oficio del Juez.

La SAP de Murcia de 6 de marzo de 1993 (Rec. 285/1992), aun diciendo que no se aparta de lo dispuesto por el TC mantiene la presunción de veracidad de la certificación unilateral del saldo con intervención notarial. Posteriormente, la STC 141/1995 de 3 de octubre, citando la STC 14/1992 establece de nuevo la no presunción de veracidad de la certificación, entendiendo que el cliente siempre puede negar la cuantía reclamada e incluso la exigibilidad de la deuda. No consagra ningún privilegio ni invierte la carga de la prueba a favor del acreedor, por tanto no es contrario al artículo 14 CE, ni otorga a la contabilidad de las mismas el carácter de documento público.

Con esta muestra jurisprudencial podemos apreciar que la controversia constitucional estaba relacionada con materia procesal, en relación a la presunción o no de veracidad de la liquidación en el procedimiento de ejecución hipotecaria, centrada en parámetros constitucionales por vulneración al derecho a la igualdad o al derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva. Ni qué decir tiene que esta polémica estaba también conectada con la protección al consumidor, sobre todo a partir del año 1984.

Pero entendemos que el estudio anterior de esta materia está alejado de la problemática actual basada en interpretaciones sobre la posible abusividad del pacto.

Las últimas resoluciones judiciales al respecto, casi todas relacionadas con cláusulas suelo, cláusulas de vencimiento anticipado y de intereses moratorios, establecen la no abusividad de la cláusula. Así, por ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Girona 290/2014, de 10 de diciembre citando La STJUE de 14 de marzo de 2013, como sentencia de referencia sobre el tema, menciona que para que pueda ser valorada la abusividad de la cláusula hay que atender a si dificulta el acceso al consumidor a la justicia y al ejercicio de su defensa (32) .

Las últimas resoluciones judiciales al respecto, casi todas relacionadas con cláusulas suelo, cláusulas de vencimiento anticipado y de intereses moratorios, establecen la no abusividad de la cláusula

El Auto dispone que el artículo 574 impone que el ejecutante exprese en la demanda ejecutiva las operaciones de cálculo que arrojen como saldo la cantidad por la que se pide despacho de ejecución y que si no hubiera pacto de liquidación habría que acudir a un proceso ordinario y no a un proceso de ejecución. Afirma que determinar el saldo no tiene por qué resultar una operación compleja y que con ello no se dificulta el derecho de defensa porque el deudor podrá probar la improcedencia de lo reclamado. Si la cantidad fuese incorrecta el juez podrá exigir una nueva liquidación, pero no se puede apreciar la abusividad de la cláusula ya que el deudor puede alegar error en la liquidación. No existe dificultad para que el deudor pueda indicar los errores en que haya incurrido.

En el mismo sentido el Auto de la AP de Girona núm. 275/2014 de 25 de noviembre. Igualmente el Auto de la misma Audiencia núm. 269/2014 de 16 de diciembre; sin embargo esta resolución añade que «En el caso presente constatamos que junto con la demanda se ha adjuntado el acta notarial de la liquidación y

fijación del saldo deudor que recoge de forma desglosada qué cantidad se reclama y en qué concepto. La parte apelante se limita a alegar su nulidad y sin embargo, no concreta en su caso el pretendido error de cálculo que puede presentar la liquidación presentada o los motivos por los cuales no adeuda la cuantía reclamada en dicha liquidación —pago, error de cálculo, pluspetición—, lo que ha de conllevar a desestimar también este motivo del recurso».

El Auto de la misma Audiencia núm. 26/2015 de 26 de enero, habla de mera operación matemática de cálculo en préstamo de interés variable sin perjuicio de que si es errónea se pruebe lo contrario. El auto de la misma Audiencia núm. 46/2015 de 29 de enero afirma lo mismo con el apoyo de las SSTS, entendiendo esta Audiencia que una alegación genérica de nulidad sin concretar el pretendido error de cálculo o los motivos por los cuales no se adeuda la cantidad reclamada no es válida. Igualmente el auto AP Girona núm. 66/2015 de 9 de febrero calificándola de simple operación matemática de nuevo.

El Auto de la AP de Barcelona núm. 55/2015 de 17 de febrero sobresee el despacho de ejecución por la existencia de vencimiento anticipado, pero afirma que el pacto unilateral es una de las exigencias del despacho de ejecución, y no causa un desequilibrio importante de los derechos del deudor consumidor puesto que está facultado para discutir en el proceso ejecutivo las operaciones de cálculo que arrojan la suma líquida expresada en el acta fehaciente de liquidación.

En el Auto de la AP de Madrid núm. 105/2015 de 23 de marzo, apareciendo sola la cláusula que recoge el pacto de liquidez, sin estar relacionada con otras cláusulas como la del vencimiento anticipado, establece que no es cláusula abusiva, citando el Auto AP Madrid de 12 de diciembre de 2014 y 9 de enero de 2015, entendiendo que es necesario que el banco liquide para poder reclamar la deuda, que el deudor puede oponerse pero que es el banco el que tiene los datos siendo «Asaz difícil sustitución de este mecanismo de mera acreditación inicial de la deuda, que puede ser contrarrestado mediante prueba», y citando la STJUE de 14 de marzo de 2013 donde se consagra el derecho del deudor a oponerse a la liquidación, hay que decir que al poder el deudor combatir la liquidación no causa indefensión. En la misma línea el Auto de la AP de Barcelona 344/2015 de 25 de septiembre entiende que no es abusiva, que es necesaria la liquidez para ejecutar y que es plenamente válido si cumple los requisitos fijados por el TC y el TS, los tres requisitos legales: documento fehaciente, certificación del saldo y notificación «los apelantes no expresan los puntos en que discrepan de la liquidación efectuada tal y como impone el art. 695.1.2ª LEC».

La Jurisprudencia del TS en base a la cual estas Audiencias apoyan su argumentación son las SSTS de 30 de abril de 2002, 2 de noviembre de 2002, 7 de mayo de 2003 y 4 de noviembre de 2005 (33) .

La STS 1036/2002 de 2 de noviembre, al igual que la de 30 de abril de 2002, se basan en el ejercicio de una tercería de mejor derecho. En esta sentencia el Tribunal distingue entre una póliza de crédito y una póliza de préstamo y establece que mientras en la póliza de crédito la liquidación resulta determinada tras su cálculo y que no puede ser conocido el saldo hasta que se realiza la práctica de una liquidación, no ocurre esto en las pólizas de préstamos, donde la deuda ya está determinada desde la fecha misma del contrato en que se ha entregado el dinero y luego sólo hace falta una simple operación matemática.

En el mismo sentido y por el mismo tema la STS de 30 de abril de 2002:

«La reseñada estipulación presenta la naturaleza de un pacto procesal con finalidad de favorecer la acreditación de uno de los requisitos procesales del despacho de ejecución, cual es la liquidación de la deuda reclamada, y previene algo que si bien en este caso resulta superfluo, habida cuenta de la liquidez que por sí misma genera esta operación de préstamos, redundará en la demostración y concreción de la deuda para el caso de formular una reclamación judicial de su importe; sin embargo lo debatido en este juicio de tercería de mejor derecho dimanante de un negocio jurídico que no nace de la certificación sino de la póliza de préstamo donde fue formalizado, de manera que al no resultar legalmente necesario, no afecta a la determinación de la preferencia del crédito aquí discutida, que se perfecciona con la entrega de la cosa y no precisa de ulterior liquidación, sin que le sean aplicables los últimos párrafos del artículo 1435 LEC, y ello con independencia de la inclusión en las cláusulas de la póliza de préstamo del aludido pacto de liquidación, que es inocuo en este contrato por la propia naturaleza de la obligación que contiene».

La STS 7 de mayo de 2003 establece que el pacto de liquidación supone un pacto procesal que trata de facilitar el proceso ejecutivo pero que en nada afecta a la prelación del crédito del tercerista fundado en la póliza de préstamo, que constituye una obligación líquida, toda vez que se perfeccionó por la entrega de la cosa. El cálculo de intereses no afecta a la liquidez de la deuda, la cantidad es líquida y puede determinarse con operaciones matemáticas al ser conocidas de manera evidente las premisas que con toda certeza conduzcan al necesario señalamiento de la cuantía de la misma, que el cálculo de intereses no es una operación compleja. STS 811/2005 de 4 de noviembre en el mismo sentido.

La SAP de Valencia 407/2005 de 28 de septiembre y 121/2012 de 2 de abril en un contrato de tarjeta de crédito declaró la abusividad del pacto de liquidación pero porque se daba mención expresa a la imposibilidad de impugnar o no admitir el contenido del saldo líquido exigible, literalmente aludía a que «el deudor reconoce la eficacia plena anticipada del mismo y que tendrá plena validez en juicio». En el mismo sentido la SAP de Salamanca 332/2008 de 17 de noviembre.

Muy interesante, disponiendo la nulidad del pacto de liquidación unilateral, es el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de VIC (Provincia de Barcelona) de 14 de octubre de 2016, que entiende que el pacto unilateral es abusivo, donde la cláusula 11 recogía el pacto de liquidación unilateral, aunque la cuestión estaba relacionada también con la cláusula de vencimiento anticipado, en este caso no declarada abusiva porque había incumplimiento grave de 23 de mensualidades o cuotas. Pero establece la nulidad por abusividad del pacto de liquidación al no poder intervenir el deudor en las operaciones de liquidación. Hace un estudio de la abusividad del pacto unilateral de liquidación en su Fundamento de Derecho Tercero. Conforme a las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia de 2005 y 2012 antes referenciadas y citando a las mismas entiende que el impedimento absoluto de una parte contratante de poder intervenir en las operaciones de liquidación y el tener que estar y pasar por el certificado que emite la propia Caja sin posibilidad de impugnación es contrario al derecho de defensa, derecho a la tutela judicial efectiva, al artículo 1256 CC, y también contraria al principio de justo equilibrio de prestaciones y por tanto nula por abusiva conforme al artículo 10 Ley 26/1984 LGDCU y al artículo 8.2 de la Ley 7/1998 LCGC.

En la cláusula 11 del contrato parece que se permite la intervención de la parte prestataria pero entiende que aun así es abusiva y procede declarar su inaplicación. Dice textualmente:

«La ubicación sistemática del pacto e importancia relativa, en apariencia, del pacto, descrito en 6 líneas y dejando en manos del acreedor prestatario la confección unilateral de la determinación de la deuda sin la participación de la parte prestataria. Esa falta de intervención del cliente en el proceso de liquidación, es por lo que procede declarar la abusividad de la cláusula y su nulidad». También afirma que es una cláusula inserta en una condición general que no ha tenido oportunidad real de conocer, ambigua oscura e incomprensible, cláusula oculta a los ojos de un consumidor medio (artículo 7 LCGC).

«Y, el contrato que ha sido objeto de análisis es ciertamente incomprensible, desde la óptica de la necesidad de "comprensión real" del consumidor de lo que está firmando y de sus consecuencias, sin que a tales efectos sea suficiente el formalismo de la cláusula DECIMOCAVA» (34) .

Tras la declaración de abusividad de la cláusula solo cabe la declaración de nulidad procediendo su inaplicación, sin posibilidad por el Juez de integración del contrato (STJU 14 de junio de 2012) y por consiguiente, el certificado de deuda debe considerarse un documento unilateralmente confeccionado por la actora sin la participación de la parte demandada. Añade además que de conformidad con las reglas del artículo 217 LEC la carga probatoria recae sobre el acreedor, parte actora, y éste no ha cumplido con su carga probatoria porque no ha acreditado todos y cada uno de los hechos en que basa su acción. «Y ello porque la existencia de la deuda y la determinación de la misma no obran justificados en autos» (35) .

Podemos resumir las siguientes ideas nucleares, como principales manifestaciones de debate en la trayectoria del tema a nivel jurisprudencial durante todos estos años:

- La cuestión de la presunción o no de la veracidad de la liquidación a efectos procesales.
- El argumento de la carga probatoria del deudor y la posible dificultad de la misma para el deudor.
- La valoración de la liquidación como simple o compleja operación matemática.

- La necesidad del pacto de liquidación como requisito ineludible para la determinación de la deuda.
- La actividad notarial con el documento fehaciente y la notificación, como medidas de salvaguarda real de los intereses del consumidor.
- Y respecto a todo lo anterior, el contenido sustantivo del pacto de liquidación inserto en una condición general y su posible abusividad.

Pensamos que la abusividad del pacto debe estudiarse desde su propia individualidad, y no desde la relación o afección de ésta por otras cláusulas abusivas como la de vencimiento anticipado o la de intereses moratorios, pero esto no queda muy claro en algunas de las sentencias estudiadas, aunque se haga mención literal separada a la «abusividad del pacto de liquidación unilateral».

La abusividad del pacto debe estudiarse desde su propia individualidad, y no desde la relación o afección de ésta por otras cláusulas abusivas como la de vencimiento anticipado o la de intereses moratorios

Las que niegan la abusividad, utilizan el argumento de la admisible oposición a la determinación de la cantidad por el deudor y el que por tanto este hecho no causa indefensión. Pero en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de 2 de mayo de 2013, —sentencia que planteó la cuestión prejudicial al TJUE, que dio lugar a la STJUE de 14 de marzo de 2013— se ve muy bien la relación entre la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado y el pacto de liquidación unilateral, pues habla de incorrecta liquidación porque es nulo el vencimiento anticipado y entiende que si hay declarada la abusividad de cláusulas que afectan a la cuantía dicho pacto de liquidez debe considerarse abusivo, aunque el Tribunal Supremo haya declarado que no es abusivo (36) . Sin embargo, esta sentencia es anterior a la reforma procesal que provocó la introducción como causa de oposición en el artículo 695.1. 4ª LEC: «El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible».

No cabe duda de que si en la misma cláusula se dispone la imposible alegación o impugnación de cantidad, como ocurre en las sentencias antes referenciadas relativas a tarjetas de crédito (SAP de Valencia 407/2005 de 28 de septiembre y 121/2012 de 2 de abril y SAP de Salamanca 332/2008 de 17 de noviembre la cláusula será nula también por el mismo motivo, esto es, imposibilidad de impugnación.

Queremos igualmente resaltar de este análisis que la carga probatoria recae en el deudor, pues lo afirman de forma manifiesta las sentencias analizadas y si se trata de una simple operación matemática, considerando por tanto que la verificación es simple, sería fácil probar lo contrario, según revelan estas resoluciones.

Dos autos relativamente recientes, el de AP de Girona (Auto núm. 141/2016 de 30 de mayo y el Auto de la AP de Córdoba (Auto Núm. 474/2016 de 14 de noviembre, entienden que el pacto de liquidación unilateral por la entidad acreedora, con los requisitos formales exigidos y con la posible intervención de oficio del juez, no provoca limitación en el derecho de defensa del ejecutado; la liquidación unilateral es clara y no implica ningún abuso de derecho. En ambas se desestima la oposición a la ejecución, las dos relacionadas con la cláusula de vencimiento anticipado que no se tacha de abusiva por incumplimiento grave a efectos de vencimiento (incumplimiento de 5 y 6 impagos respectivamente) (37)

IV. Un planteamiento actual sobre la abusividad del pacto de liquidación unilateral de deuda

La actividad frenética, jurisprudencial y normativa, que en el momento actual presenciarnos en relación a la protección del consumidor, evidencia que la defensa de éste en la contratación del crédito inmobiliario está siendo revisada. La valoración del tema que presentamos como objeto de estudio debe ser acorde con esta nueva realidad social, legislativa y doctrinal. Por ello debemos cuestionar que afirmaciones que se hicieron en otro momento sirvan totalmente para la época presente (38) .

Si observamos la literalidad del pacto de liquidación en las escrituras de préstamos hipotecarios a interés variable, apreciamos que inserto en la cláusula 7ª denominada EJERCICIO DE ACCIONES Y PRESUPUESTOS PROCESALES, en el punto tercero se recoge:

«Si bien del presente préstamo resulta una deuda líquida desde el momento de la entrega de la cantidad prestada, ambas partes convienen a efectos procesales —sin que ello suponga alterar dicha liquidez ni la naturaleza real del préstamo y la consiguiente preferencia y prelación de cobro que en su caso proceda— que, en caso de ejecución, la cantidad exigible será la resultante de la liquidación efectuada por la Caja en la forma convenida por las partes en el presente contrato» (39) .

Resulta llamativo que esta cláusula utilice la mención al acuerdo o convenio, al igual que ocurre con la norma procesal «siempre que se haya pactado en el título» (artículo 572.2 LEC), referencia por tanto expresa al *pacto*, pero la misma está inserta en una condición general de la contratación, pues ha sido predispuesta y se utiliza para la contratación en masa (artículo 1 Ley 7/1998 de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC) (40) . No es cierto que se haya dado un pacto o acuerdo al respecto. La literalidad de la cláusula recoge la literalidad de la ley, pero entendemos que aunque aparezca el término *pacto* en el texto legal, en realidad dicho pacto nunca existió , sino que hablamos de adhesión al clausulado predispuesto por la entidad bancaria.

Podríamos afirmar que de la literalidad de la norma debiera interpretarse una exigencia legal de conformación de un pacto, ya que pese a las sucesivas reformas legales del precepto, siempre existió esta llamada al acuerdo de las partes; sin embargo, esta idea no es la defendida en la actualidad, sino que esta referencia al *pacto* queda omitida, pasa desapercibida, y se presenta la cláusula como disposición contractual /legal autorizada por el consumidor, que la acepta al mismo tiempo que acepta todo el contenido contractual predispuesto. La referencia al pacto se refiere entonces a la adhesión del consumidor a la condición general de la contratación.

La referencia normativa al pacto queda omitida, pasa desapercibida, y se presenta la cláusula como disposición contractual/legal autorizada por el consumidor, que la acepta al mismo tiempo que acepta todo el contenido contractual predispuesto

Gramaticalmente resulta clara y comprensible, pero es evidente que un consumidor medio no tendrá conocimiento de la misma, de los efectos procesales que produce (artículo 5.5 LCGC), ni ha sido aceptada expresamente, ni ha sido informado expresamente al respecto (artículo 5.1 LCGC), pues según la STJUE de 10 de mayo de 2001 el deber de transparencia no se agota con la cognoscibilidad u ofrecimiento de la posibilidad de conocer el contenido de las condiciones generales. Va más allá mediante la exigencia de la redacción clara y comprensible de la cláusula, haciendo notorio al cliente las ventajas y desventajas del contrato para que pueda elegir. Por tanto, no es sólo una exigencia formal (41) .

Acentuar el control de transparencia y la información precontractual es uno de los objetivos introducidos por la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, incluyendo pautas de conducta que han de seguirse en el proceso de elaboración, promoción, comercialización y contratación de créditos inmobiliarios. La Ficha FEIN con carácter de oferta vinculante durante el plazo de 7 días, la Ficha de Advertencia o FIAE en la que se informará de la existencia de las cláusulas o elementos relevantes —cláusulas suelo, posibilidad de *vencimiento anticipado*, distribución de gastos asociados a la concesión del préstamo y préstamos en divisas— (42) . Con estos datos sobre la Directiva 2014 y el Proyecto de Ley 121/000012 de 17 de noviembre, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario de trasposición de la misma (43) , queremos resaltar los deberes de información y aceptación expresa de las cláusulas predispuestas en la contratación bancaria de créditos hipotecarios. La línea actual de interpretación a favor del consumidor debe llevar a mayores exigencias de transparencia, asesoramiento, conocimiento real y control notarial.

La actividad notarial controla la formalidad del contrato y la relación jurídica material, la adecuación de la liquidación a lo pactado, intereses, comisiones, etc., pero no si resulta correcto todo el control de pagos, pues el notario se ciñe a la norma que rige su actuación, Reglamento Notarial artículo 218 (R.D. 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944 («B.O.E.» 29 enero). Vigencia: 30 enero 2007 (44) . El notario deberá realizar las «verificaciones técnicas oportunas»,

comprobar que se ha hecho el requerimiento al deudor, que la certificación de saldo aportada por el acreedor coincide con la escritura de préstamo, que el saldo que se expresa en la certificación de la entidad coincide con el que aparece en la cuenta abierta al deudor, que se ha pactado esta liquidación a los efectos del artículo 572.2 y 573.1.2 LEC, que se hace la liquidación «conforme a lo pactado por las partes en el título ejecutivo», pero la mayoría de los autores entienden que el notario no realiza una actividad de auditoría, aunque tampoco realiza una función meramente documental (45) . Coinciden también en que la intervención del notario es fundamental para la tutela del consumidor, pues no olvidemos que la necesidad de presentar el documento fehaciente notarial fue introducido en la ley para eliminar la discusión sobre la constitucionalidad del precepto (antiguo artículo 1435 LEC) (46) . El notario no controla la abusividad de cláusulas salvo que hayan sido expresamente declaradas abusivas e inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (artículo 84 TRLGDCU).

La reforma legal planteada con el Proyecto de Ley 121/000012 de 17 de noviembre de 2017 pretende transformar la función notarial en la transparencia material de los créditos inmobiliarios, pues persigue convertir a los notarios en asesores financieros de los clientes que se hipotecan. Quedan obligados al asesoramiento, contestando a sus cuestiones. Deben hacer constar en acta las pruebas realizadas al cliente sobre su entendimiento en la aplicación práctica de las cláusulas financieras recogidas en el contrato. Establece la presunción de que el principio de transparencia material se ha cumplido cuando el notario levanta acta de su asesoramiento (47) .

La hoja de cálculo que acompaña a las partidas de cargo y abono y las correspondientes a la aplicación de intereses que determinan el saldo concreto por el que se despacha ejecución, es un documento contable claro y preciso. Sirve de explicación del saldo y su aportación es una garantía para el propio ejecutado, ya que éste debe conocer la cantidad reclamada así como el proceso por el que se determina la referida cantidad para poder impugnar con precisión aquellos conceptos que estime no adecuados (48) . El requerimiento, la certificación del saldo, y el documento fehaciente notarial sería el mínimo indispensable para una tutela del consumidor, ya que sin estas comprobaciones del fedatario y sin la claridad de los datos contables, de ninguna manera podría llegar a conocer qué debe, cuál es el importe exacto que se le reclama, cuáles son los intereses devengados por cada partida en relación a un interés variable y a la evolución que sufre dicho interés por la aplicación del diferencial de referencia, por no hablar de las comisiones no conocidas que se añaden a la hoja de cálculo para aumentar la cuantía, así como los intereses moratorios que se suman a los remuneratorios en función del retraso en el pago o gastos que deba hacer frente en relación a la ejecución. Todos estos datos deben ser conocidos por el consumidor en la fase judicial, en el proceso de ejecución, pero ¿podemos decir lo mismo de la fase prejudicial?, es decir, ¿podemos entender que el consumidor conoce la cantidad debida antes del proceso a efectos de poder evitar la fase judicial? Esta idea resulta extremadamente trascendente, puesto que si partimos de la peculiaridad del proceso de ejecución como proceso sumario, con limitada cognición, que se concibe en la actualidad y se concibió desde los inicios como proceso privilegiado a favor del acreedor, sería extraordinariamente importante que al deudor se le diese la posibilidad, antes de la fase judicial, de cuestionar la cuantía y zanjar la deuda sin necesidad de someterse al proceso judicial. Por ello pensamos que resulta considerable prestar atención al trámite de notificación al deudor.

Respecto al trámite de notificación al deudor, la LEC no señala exigencias de detalle en la misma. El artículo 573.1.3º LEC habla de notificación al deudor sin más, y el artículo 573.2 LEC determina que «también podrán acompañarse a la demanda, *cuando* el ejecutante lo considere conveniente , los justificantes de las diversas partidas de cargo y abono». En caso de interés variable señala el artículo 574 que estas operaciones debe fijarlas el acreedor en la demanda ejecutiva, no antes. A pesar de realizar la notificación, si esta no es lo suficientemente minuciosa, resulta difícil que el consumidor pueda saber si tiene que impugnar alguna partida. No existe, por tanto, ninguna exigencia legal para la notificación y hay por ello libertad de forma; ni siquiera, se exige su recepción, bastando que se acredite el envío al domicilio que se fijó a efectos de notificación. Incluso se reconoce la validez de esta notificación independientemente de la expresión más o menos exhaustiva de cuál sea la cantidad debida y en qué conceptos. También hemos podido estudiar que no se hace mención en la LEC a la necesidad de requerimiento notarial extrajudicial de pago, pues esta idea se presenta como opcional.

En la práctica actual, la notificación al deudor no es detallada en cuanto a la cuantía y suele hacerse por telegrama o burofax. En

Sería extraordinariamente importante que al deudor se le diese la posibilidad, antes de la fase judicial, de cuestionar la cuantía y zanjar la deuda sin necesidad de someterse al proceso judicial

esta notificación se refleja simplemente, recogiendo palabras literales de los documentos estudiados, que conforme al artículo 573.1.3ª de la LEC y a los efectos de interponer demanda judicial se le notifica al deudor que la deuda con este Banco por préstamo formalizado en tal fecha de una cantidad, asciende a la cantidad tal a fecha presente. En ocasiones, ni siquiera aparece desglosada la cantidad en concepto de principal y de intereses.

Sería necesario establecer una exigencia legal o convencional de notificación detallada al deudor. Esta idea resulta principal a efectos de protección del consumidor y favorece que en fase prejudicial pudiera el deudor pagar la deuda.

Otra idea que queremos presentar es la siguiente: aunque la cláusula de liquidación unilateral resulta indispensable para la ejecución y no podemos hacerla depender de la aprobación del deudor, dicha cláusula debiera recoger en su mención literal la explicación concreta de su aplicación, informando al consumidor.

Estamos planteando una redacción nueva de la cláusula, conforme a la LEC pero acorde con la protección de los intereses del consumidor, advirtiendo de forma minuciosa al mismo. Podría establecer también la cláusula la obligación de notificación detallada antes del proceso judicial para hacerla más equilibrada. Por tanto, con esta idea no sólo incidimos en el control de transparencia material para un conocimiento del consumidor desde el punto de vista subjetivo sino también cierto control de contenido.

Por todo ello, entendemos que la protección al consumidor debe ir más lejos, y ahora mismo hay aspectos muy susceptibles de mejora. Es por este motivo por lo que calificamos de abusivo el pacto unilateral de liquidación de deuda.

V. Conclusiones

El estudio de la abusividad del pacto de liquidación unilateral de deuda debe hacerse desde una perspectiva actual y debe ser valorada su posible abusividad en función de una interpretación normativa acorde con esta nueva realidad. Pensamos que deben cuestionarse exámenes de abusividad del pacto que no tengan en cuenta esta nueva dimensión en la protección del crédito inmobiliario.

Sería directamente abusiva la cláusula de determinación unilateral del saldo si en ella se ha entendido aplicada y considerada como abusiva una cláusula suelo, cláusula de intereses moratorios o cláusula de vencimiento anticipado del préstamo.

Sería directamente abusiva una cláusula de determinación unilateral del saldo si no permitiera oposición alguna del deudor en la ejecución.

Fuera de estos casos parece que resulta difícil hablar de abusividad del pacto de liquidación unilateral cuando dicho pacto tiene refrendo legal en la LEC y se manifiesta como muy práctico e indispensable a efectos de ejecución, además de contar con un reconocimiento y una muy dilatada trayectoria histórica. Pero esta afirmación entendemos que se presenta exclusivamente desde el punto de vista de su estudio procesal. No cabe por ello cuestionar su abusividad desde una vertiente procesal pero sí desde un punto de vista sustantivo.

El pacto de liquidación unilateral de deuda no es un pacto fruto de la negociación entre acreedor y deudor, sino que estamos ante una condición general de la contratación. Como tal condición general de la contratación no pasa el control de transparencia material puesto que sería necesaria una información más detallada de la misma en su redacción literal, de tal manera que el consumidor tenga posibilidad de conocer el alcance de esta cláusula inserta en el contrato.

Deberíamos plantear que se establezcan por ley exigencias a la notificación del deudor, para controlar el conocimiento detallado de la deuda en la fase previa a la ejecución. De esta manera podría evitarlo o se enfrentaría al proceso con mayores garantías. Tal y como aparece en la actualidad, la única defensa del consumidor es en fase judicial, donde conocerá las diferentes partidas de cargo y abono, con una limitada fase de cognición por ser proceso privilegiado; en detrimento por tanto de los derechos del consumidor.

Sin una mejor redacción literal, con apoyo de asesoramiento notarial, si se aprueba definitivamente el texto legal, y con el dato objetivo de la deficiente información en fase de notificación, la protección del consumidor no se consigue y cabe tildar de abusiva la cláusula.

VI. Bibliografía

ADÁN DOMENECH, Federico, *La ejecución hipotecaria*, Bosch Editor, Barcelona, 2009 (recurso electrónico).

CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina, *Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca*, Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 231-236.

CORDÓN MORENO, Faustino, «Comentario al artículo 695 de la LEC, Oposición a la ejecución», en *Ejecución Hipotecaria. Solución a Tiempos de Conflicto*, coord. Por Antonio Salas Carceller, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 781 y ss.

CRUZ GALLARDO, Bernardo, *Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores. Práctica registral y procesal*, La Ley, Madrid, 2014.

DÍAZ BARCO Y VELÁZQUEZ MARTÍN, *El juicio ejecutivo derivado de operaciones bancarias. En la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 37 y ss., La iniciación del procedimiento. La demanda ejecutiva.

DURÁN BRUJAS, Miguel, «Notas sobre la modificación del artículo 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 34/1984, de 6 de agosto», en www.mjusticia.goob.es, Boletín número 1458, pp. 3-15, Recuperado a fecha 5 de octubre de 2017.

GARBERÍ LLOBREGAT, José, *El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Comentarios, jurisprudencia y formularios generales al Libro III («De la ejecución forzosa») de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil., Tomo II, segunda edición, Aranzadi, Navarra, 2007, artículos 571 a 579.

FUGARDO ESTIVILL, Josep María, «El documento fehaciente de liquidación (artículo 218 RN)», en escrito revisado de un trabajo preliminar inicialmente circulado en las Jornadas de Estudio del Nuevo Reglamento Notarial celebradas en el Colegio Notarial de Cataluña que se aporta para conocimiento de los compañeros interesados en esta materia. La versión definitiva de este trabajo se publicará en la revista La NOTARIA. Alojado en www.notariosyregistradores.com/doctrina. Recuperado a fecha de 5 de octubre de 2017.

GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, «Comentario de urgencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1992, de 10 de febrero», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 610, mayo - junio 1992, pp. 1371-1404.

HUERTA VIESCA Y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILA, «La ejecutividad de las pólizas bancarias de préstamos (estudio de los párrafos cuarto y quinto del artículo 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)», en *Revista de Derecho Mercantil*, 217, julio y septiembre de 1995, pp. 1165-1225.

MONTERO AROCA, Juan,

— *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, Tiran lo Blanch, 2012, Valencia.

— «Naturaleza jurídica del juicio ejecutivo», en *Ensayos de Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 355 y ss.

OROZCO PARDO, Guillermo, «Problemática de la ejecución hipotecaria en el contexto de la crisis financiera», en *Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal*, Valencia Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 165-199.

PERTÍÑEZ VILCHEZ, Francisco,

— «El deber de transparencia en la redacción de las cláusulas contractuales predispuestas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 5,^a) de 10 de mayo de 2001», en *Actualidad Civil*, 2002-4, núms. 37 a 47-48, pp. 1351-1363.

— «Información precontractual obligatoria, error, prácticas comerciales desleales», en *Tratado de la Compraventa, Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Dir. Carrasco Perera, Tomo I, 2013, pp. 379-387.

— «Las cláusulas abusivas en los procesos de ejecución hipotecaria», en *Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal*, Valencia Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 277-299.

— «La información precontractual en la Directiva 17/2014 sobre los contratos de crédito celebrados por consumidores para bienes inmuebles de uso residencial», en *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, abril, 2015, pp. 45-61.

RIVAS VELASCO, María José, «La oposición a la ejecución hipotecaria» en *Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal*, Valencia Tirant Lo Blanch, 2014 , pp. 631-677.

XIOL RIOS, Juan Antonio, «La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 sobre cláusulas abusivas», en *Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal*, Valencia Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 199-213.

NOTAS

- (1) Estudio realizado bajo el Proyecto de Investigación denominado «El desarrollo práctico de la tutela legal de los deudores hipotecarios. Aspectos jurídicos y económicos». Entidad financiadora: Ministerio de Economía y Competitividad.

Ver Texto

- (2). «Cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado . El ejecutado deberá acompañar su ejemplar de la libreta en la que consten los asientos de la cuenta y sólo se admitirá la oposición cuando el saldo que arroje dicha libreta sea distinto del que resulte de la presentada por el ejecutante.

No será necesario acompañar libreta cuando el procedimiento se refiera al saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro o financiación en los que se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora pero el ejecutado deberá expresar con la debida precisión los puntos en que discrepe de la liquidación efectuada por la entidad». (El subrayado es nuestro).

Ver Texto

- (3) . «2. También podrá despacharse ejecución por el importe del saldo resultante de operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida por corredor de comercio colegiado, siempre que se haya pactado en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo. (El subrayado es nuestro).

En este caso, sólo se despachará la ejecución si el acreedor acredita haber notificado previamente al ejecutado y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible resultante de la liquidación».

Ver Texto

- (4) Vid. artículo 574.2 donde remite al artículo 573.1 apartado segundo y tercero y 573.2 LEC

Ver Texto

- (5) DURÁN BRUJAS, Miguel, «Notas sobre la modificación del artículo 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 34 / 1984 , de 6 de agosto » , Disponible en http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292344064311?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1987_1458.pdf&blobheadervalue2=1288776900533, Boletín número 1458, (Consulta: 29 septiembre 2017), p. 1395.

Ver Texto

- (6) MONTERO AROCA, Juan, *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2012, p. 615.

Ver Texto

(7) HUERTA VIESCA Y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILA, «La ejecutividad de las pólizas bancarias de préstamos (estudio de los párrafos cuarto y quinto del artículo 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)», en *Revista de Derecho Mercantil*, 217, julio y septiembre de 1995, p. 1178, establece que si el tipo de interés es variable siempre hay iliquidez y el pacto de liquidez es totalmente necesario, citando a Ferrer Molto.

[Ver Texto](#)

(8) MONTERO AROCA, Juan, ob. cit., p. 616.

[Ver Texto](#)

(9) Vid. Exposición de Motivos Ley 34/1984 de 6 de agosto de Reforma Urgente de la LEC.

[Ver Texto](#)

(10) DÍAZ BARCO Y VELÁQUEZ MARTÍN, *El juicio ejecutivo derivado de operaciones bancarias. En la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 57: «El documento expedido por la entidad acreedora ha de acreditar o probar que la liquidación se ha practicado en la forma pactada por las partes, consignando adecuadamente las operaciones por las que se ha llegado al mismo con los conceptos que la integran, modo en que se han calculado los intereses, amortizaciones del préstamos etc., lo que permite una fiable comprobación de la exactitud y legitimidad del saldo presentado». El fedatario comprueba que el saldo en cuenta coincide con el presentado sin que sea necesario especificar las operaciones contables que hubo de realizar.

[Ver Texto](#)

(11) Vid. DURÁN BRUJAS, Miguel, ob. cit. p. 1403.

[Ver Texto](#)

(12) La Ley 34/1984 de 6 de agosto de Reforma Urgente de la LEC modificó el artículo 1435, antecedente del actual art. 572 LEC: «Si en los contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro y financiación... se *hubiere convenido* que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en la certificación expedida por la entidad acreedora, aquella se tendrá por líquida siempre que conste en documento fehaciente y que acredite 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. En caso de cuentas corrientes garantizadas por hipoteca, abiertas por el Banco o Cajas de Ahorro, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. En caso de que la acción se dirija contra el fiador será preciso acreditar haberle notificado previamente el saldo al deudor».

Después de la reforma de 1992 el art. 1435 establece que: «Sólo podrá despacharse ejecución por cantidad líquida que exceda de 50.000 pesetas:

1º En dinero en efectivo.

2º En moneda extranjera convertible admitida a cotización oficial, siempre que la obligación de pago en la misma esté autorizada o resulte permitida legalmente.

3º En cosa o especie computable en dinero. El límite de cantidad antes señalado podrá obtenerse mediante la adición de varios títulos.

En todo caso será preciso que haya vencido el plazo para el cumplimiento de la obligación.

Si en los contratos mercantiles otorgados por Entidades de crédito, ahorro y financiación, en escritura pública o en póliza intervenida de conformidad con lo dispuesto en el número 6º del artículo 1429 de esta Ley si se *hubiere convenido* que la cantidad exigible será la especificada en la certificación expedida por la Entidad acreedora, aquella se tendrá por líquida siempre que conste en documento fehaciente que acredite 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. En el caso de cuentas corrientes garantizadas con hipoteca, abiertas por Bancos o Cajas de Ahorro, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

En los casos a los que se refiere el párrafo anterior, la entidad acreedora deberá notificar previamente al deudor o al fiador el importe de la cantidad exigible» (redactado por la Ley 10/1992, de 30 de abril de Medidas Urgentes de Reforma Procesal).

[Ver Texto](#)

(13) Vid. epígrafe anterior: 1. Marco normativo procesal introductorio. procedimiento de ejecución hipotecaria. antecedentes históricos.

[Ver Texto](#)

(14)MONTERO AROCA, Juan, ob. cit., p. 616 .

[Ver Texto](#)

(15)MONTERO AROCA, Juan, ob. cit. p. 616, recoge que la finalidad de la norma fue siempre la necesidad de liquidez necesaria para el despacho de la ejecución.

[Ver Texto](#)

(16)MONTERO AROCA, Juan, ob. cit. p. 659 «El Tribunal no podrá denegar el despacho de ejecución si entiende que la cantidad es distinta a la fijada sólo si no se presentan o expresan los cálculos necesarios o no se acompañan los documentos sin perjuicio de la pluspetición».

[Ver Texto](#)

(17)Vid. ADÁN DOMENECH, Federico, *La ejecución hipotecaria*, Bosch, Barcelona, 2009 (recurso electrónico), pp. 399 y ss., citando la SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 17 de julio de 2006.

[Ver Texto](#)

(18)CORDÓN MORENO, Faustino, «Comentario al artículo 695 de la LEC, Oposición a la ejecución», en *Ejecución Hipotecaria. Solución a Tiempos de Conflicto*, coord. Por Antonio Salas Carceller, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 781 y ss.

[Ver Texto](#)

(19)STC 14/1992 citada por MONTERO AROCA, Juan, «Naturaleza jurídica del juicio ejecutivo», en *Ensayos de Derecho Procesal*, Bosch , Barcelona, 1996 p. 382 entiende que no supone que se tenga por verdadera la cantidad exigible, sino simplemente que se tendrá por líquida. El autor manifiesta que esta afirmación supone negar la esencia misma del título ejecutivo.

[Ver Texto](#)

(20)CRUZ GALLARDO, Bernardo, *Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores. Práctica registral y procesal*, La Ley, Madrid, 2014, p. 451.

[Ver Texto](#)

(21)ADÁN DOMENECH, Federico, ob. cit. pp. 33 y ss.

[Ver Texto](#)

(22)DÍAZ BARCO Y VELÁZQUEZ MARTÍN, ob. cit. p. 44.

[Ver Texto](#)

(23)MONTERO AROCA, Juan, *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria* ,ob. cit. p. 652.

HUERTA VIESCA Y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILA, ob. cit. p. 1178, establece que si el tipo de interés es variable siempre hay iliquidez y el pacto de liquidez es totalmente necesario, citando a Ferrer Molto. «En los contratos de préstamo a interés variable es necesario el pacto de liquidez y su cumplimiento para que la póliza devengue la condición de título ejecutivo», p. 1223.

[Ver Texto](#)

(24)HUERTA VIESCA Y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILA, ob. cit. p. 1193 habla de naturaleza cuasi pericial de la certificación del fedatario público y de la necesaria formación jurídica, matemática y contable.

[Ver Texto](#)

(25)DÍAZ BARCO Y VELÁZQUEZ MARTÍN, ob. cit. p. 40, esta certificación incluye la cantidad por principal, intereses ordinarios vencidos, intereses moratorios, intereses que puedan devengarse durante la ejecución, costas. Ahora con el límite de que los intereses no vencidos y las costas fijadas provisionalmente no pueden superar el 30%.

[Ver Texto](#)

(26)MONTERO AROCA, Juan, *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, ob. cit. p. 616, manifiesta que si el acreedor tiene dudas puede reservarse la reclamación del resto para un proceso declarativo o simultáneo que podrá ser posterior a la ejecución.

(27)DÍAZ BARCO Y VELÁZQUEZ MARTÍN, ob. cit. p. 53.

Ver Texto

(28)ADÁN DOMENECH, Federico, ob. cit., pp. 231 y ss. , citando sentencias de la AP como SAO de Sevilla de 5de abril de 2000.

Ver Texto

(29)CRUZ GALLARDO, Bernardo, ob. cit., p. 744.

Ver Texto

(30)GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA «Comentario de urgencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1992, de 10 de febrero», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 610, mayo-junio 1992, pp. 1371-1404.

Ver Texto

(31)GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, ob. cit., p. 1379: «El art. 1435 LEC da carta de naturaleza legal a una condición general de la contratación inserta en una extendida práctica bancaria que refuerza la posición de superioridad que a estas entidades otorga su prevalencia económica frente a los consumidores y usuarios de esencial importancia en la sociedad actual, que puede traducirse en el poder de imponerse sobre estos últimos».

Ver Texto

(32)No debemos olvidar que la STJUE 14 de marzo de 2013 (TJCE/2013/89), en su redacción literal sobre este asunto dejaba manifestado que: «El juez remitente deberá determinar si -, en su caso, en qué medida -la cláusula de que se trate supone una excepción a las normas aplicables a falta de acuerdo entre las partes, de manera que, a la vista de los medios procesales de que dispone, dificulta el acceso al consumidor a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa».

Ver Texto

(33)Respecto a hechos anteriores a la reforma procesal con la LEC 2000.

Ver Texto

(34)CLÁUSULA UNDÉCIMA DEL CONTRATO: «PACTO DE LIQUIDEZ: A los efectos de lo dispuesto en el artículo 572.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se pacta expresamente por los contratantes que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por... en la forma convenida por las partes en el presente contrato».

Ver Texto

(35)«Ante todo ello, no puedo dar mayor valor a la versión de la actora, quien no ha realizado suficiente esfuerzo probatorio para sentar la base de su acción, como es, la propia existencia de la deuda, no la relación jurídica, sino que la deuda derivada de la misma. Y ello, porque para que una deuda sea reclamable en juicio debe ser líquida, exigible y determinada y la deuda que alega la actora no cumple tales parámetros. Hay pues una insuficiencia probatoria. (...) La parte demandante sufre la carga de los elementos constitutivos de la relación jurídica y la demandada, la de los impeditivos y extintivos. El art. 217 LEC se aplica cuando hay hechos que no han sido probados y procede, por ello, imputar las consecuencias de ese defecto a la parte que según dicha norma, debe soportar la carga de la prueba». Por ello ante la falta de determinación de la deuda sobreesee la ejecución hipotecaria.

Ver Texto

(36)(...) «Por tanto, aunque con carácter general el Tribunal Supremo español ha permitido en el caso de pólizas de préstamo considerar líquida ab initio la deuda dimanante y considerar válido el pacto de liquidez, lo cierto es que dichos pronunciamientos no pueden eludir que la concreta liquidación de la deuda, cuando se haga aplicando cláusulas abusivas que finalmente se hayan declarado abusivas, haya de determinar que dicha cláusula de liquidez haya de reputarse abusiva cuando habilita al acreedor a acudir a un procedimiento de ejecución tan extremadamente severo como el previsto en la LEC».

Ver Texto

(37)Auto AP Girona (Auto núm. 141/2016 de 30 de mayo citando la STJUE de 14 de marzo de 2014, establece

que la abusividad del pacto de liquidación unilateral está determinada porque se le dificulte al consumidor el acceso a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa. Dice, en su Fundamento de Derecho Cuarto, que es claro a la visa de dichos artículos que si no se ha pactado en el título ejecutivo la liquidación unilateral, el acreedor no puede acudir a la ejecución, debiendo reclamar la deuda en el procedimiento ordinario y aunque en el mismo tiene la carga de probar lo adeudado, no debe olvidarse que el demandando debe probar el pago. Insiste en el hecho de que el pacto de liquidez no es una cláusula predispuesta por el acreedor sino una exigencia legal para acudir al procedimiento de ejecución, por lo que difícilmente podría considerarse abusiva. Afirma que no se aprecia en el procedimiento de ejecución al deudor ejecutado que se le dificulte el ejercicio de defensa si la liquidación se realiza adecuadamente. En primer, lugar porque con la demanda se deberán realizar las operaciones de cálculo que arrojen la cantidad reclamada, debiendo acompañar un documento fehaciente de cómo se han realizado dichas operaciones y dicho documento está intervenido por un Notario que comprueba que se ha efectuado de acuerdo con lo pactado en el contrato, y además, es necesario su notificación al deudor. Por otro lado, aunque el artículo 575.2 de la LEC, prohíbe al Juez denegar el despacho de ejecución por considerar que la cantidad reclamada no se ajusta al título, ello no implica que no pueda exigir al acreedor, si considera que las operaciones de cálculo son incompletas u oscuras, que presente nueva liquidación debidamente intervenida. Una cosa es el control concreto de las operaciones de cálculo efectuadas por el ejecutante, cuya corrección o no debe alegarla el ejecutado y en su caso se podrá practicar prueba pericial sobre ello y otra cosa es que las operaciones realizadas por el ejecutante sean claras y precisas, pues si no lo son el Juez debe proceder de oficio y exigir una liquidación clara y precisa de la deuda. Con base a ello, podría el Juez apreciar la abusividad de las cláusulas sobre las cuales se efectúa la liquidación, como los intereses, comisiones, gastos, etc. por otro lado, el ejecutado puede alegar el error en la liquidación realizada, por no computar cantidades pagadas, por realizar las operaciones incorrectamente, por no aplicar un interés correcto»

El Auto de la AP de Córdoba, núm. 474/2016, de 14 de noviembre, citando las SSTs de 7 de mayo de 2003 y 3 de febrero de 2005, establece que el pacto de liquidación es un pacto procesal para acreditar uno de los requisitos procesales del despacho de ejecución, cual es la liquidez y determinación de la deuda (Fundamento de Derecho Cuarto). Entiende que no basta con que el ejecutado alegue que la suma no se ajusta a lo estipulado en el contrato sino que tiene que indicar dónde está el error. Igualmente manifiesta que la expresión del notario "a mi juicio" comporta que a criterio del notario autorizante el cálculo efectuado es correcto, y el ejecutado debe probar lo contrario si el saldo es distinto al real. No es cometido del órganos jurisdiccional verificar las operaciones realizadas sino atenerse a la certificación emitida por el banco y que el fedatario público que interviene afirmar guardar perfecta correspondencia con lo convenido en el título, recayendo en la parte contraria la acreditación de que una u otra son inexactas.

[Ver Texto](#)

(38)Vid. Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (Vigente hasta el 29 de abril de 2012). Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº1093/2010. Proyecto de Ley 121/000012, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario de 17 de noviembre de 2017.

Entre otras muchas, vid. STJUE 10 de mayo de 2001, 9 de junio de 2010, 9 de noviembre de 2010, 14 de marzo de 2013, 9 de diciembre 2013, STJUE 21 de diciembre de 2016, 26 de enero 2017, 12 de enero de 2017. Del Tribunal Supremo, sentencia de 9 de mayo de 2013, 22 de abril de 2015, 705/2015 de 23 de diciembre, 16 de febrero 2017, 10 de marzo 2017, etc.

[Ver Texto](#)

(39)Extraído de la mayoría de escrituras hipotecarias, de esta forma o de contenido prácticamente idéntico.

[Ver Texto](#)

(40)El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de VIC (Provincia de Barcelona) de 14 de octubre de 2016, la califica de condición general.

[Ver Texto](#)

(41)PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «El deber de transparencia en la redacción de las cláusulas contractuales predispuestas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 5,^a) de 10 de mayo de 2001», en *Actualidad Civil*, 2002-4, núms. 37 a 47-48, 2002, pp. 1357, 1358, 1359.

[Ver Texto](#)

(42)Vid. Proyecto de Ley 121/000012 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario de 17 de noviembre de

Ver Texto

(43)Vid. Proyecto de Ley 121/000012 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario de 17 de noviembre de 2017.

Ver Texto

(44)1.º Junto con el requerimiento, que podrá efectuarse mediante carta dirigida al notario quien legitimará la firma del remitente e incorporará al acta, la entidad acreedora entregará o remitirá al notario el título con efectos ejecutivos de la escritura pública o de la póliza intervenida que haya de servir de título para la ejecución o, en su caso, testimonio notarial de dichos documentos, salvo que el contenido del título ejecutivo resulte de su protocolo o libro registro, así como una certificación por ella expedida, en la que se especifique el saldo exigible al deudor, además de los extractos contables correspondientes, debidamente firmados, que permitan al notario efectuar las verificaciones técnicas oportunas. Quedará incorporada al documento fehaciente la certificación del saldo y se insertará o unirá testimonio literal o en relación de los documentos contables que han servido para su determinación. 2.º Si en el contrato no se hubieren reflejado, de forma explícita, los tipos de interés o comisiones aplicables, la entidad requirente deberá acreditar al notario cuáles han sido estos, haciéndose constar todo ello en el acta de liquidación. 3.º El notario deberá comprobar, y expresar en el documento fehaciente, que en el título ejecutivo las partes acordaron emplear el procedimiento establecido en el artículo 572.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para fijar la cuantía líquida de la deuda. 4.º Con los documentos contables presentados el notario comprobará si la liquidación se ha practicado, a su juicio, en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo.

Si el saldo fuere correcto, el notario hará constar por diligencia el resultado de su comprobación, expresando:

- a)** Los datos y referencias que permitan identificar a las personas interesadas, al título ejecutivo y a la documentación examinada por el notario.
- b)** Que, a su juicio, la liquidación se ha efectuado conforme a lo pactado por las partes en el título ejecutivo. Asimismo podrá hacer constar cualquier precisión de carácter jurídico, contable o financiero que el notario estime oportuno.
- c)** Que el saldo especificado en la certificación expedida por la entidad acreedora, que se incorporará al acta de liquidación, coincide con el que aparece en la cuenta abierta al deudor.
- d)** Que el documento fehaciente comprensivo de la liquidación se extiende a los efectos previstos en los artículos 572.2 y 573.1.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ver Texto

(45). Vid. FUGARDO ESTIVILL, Josep Maria, «El documento fehaciente de liquidación. (Artículo 218 RN)», en escrito revisado de un trabajo preliminar inicialmente circulado en las Jornadas de Estudio del Nuevo Reglamento Notarial celebradas en el Colegio Notarial de Cataluña que se aporta para conocimiento de los compañeros interesados en esta materia. La versión definitiva de este trabajo se publicará en la revista La NOTARIA. Alojado en www.notariosyregistradores.com/doctrina. Recuperado a fecha 5 de octubre de 2017.

HUERTA VIESCA Y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILA, ob. cit. p. 1193, habla de naturaleza cuasi pericial de la certificación del fedatario público y de la necesaria formación jurídica, matemática y contable.

Ver Texto

(46)DURÁN BRUJAS, Miguel, ob. cit. pp. 3-15 y anterior apartado «1. Marco normativo procesal introductorio. Procedimiento de ejecución hipotecaria. Antecedentes históricos».

Ver Texto

(47)Vid. art. 13 Proyecto de Ley 121/000012, de 17 de noviembre reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Ver Texto

(48)FUGARDO ESTIVILL, Josep Maria., ob. cit. p. 13, citando la SAP de Vizcaya de 8 de septiembre de 1995.

Ver Texto