

LA FUERZA EJECUTIVA DE LA ESCRITURA PÚBLICA.

Buenas tardes a todos los asistentes. Nos toca hoy a la tarde el examen de algunos de los problemas que plantea la ejecución judicial de títulos notariales. En la práctica, si atendemos a las estadísticas, y si tomamos en cuenta también la ejecución de sentencias de condena, estaríamos hablando en realidad de la ejecución forzosa dineraria. A lo largo de las exposiciones que siguen se tratarán de plantear algunos de los aspectos de esta ejecución o de los requisitos que la legislación todavía no en vigor establece para esa ejecución de los títulos notariales, fundamentalmente las escrituras públicas, sin renunciar al examen de una alternativa a la ejecución judicial como es la venta extrajudicial del bien hipotecado.

Las exposiciones tratarán de ser breves, en la sana esperanza de que se pueda llegar a un debate siempre enriquecedor.

La LEC del 2000 modifica el criterio que ya provenía de la LEC de 1855 de separar dos procedimientos de ejecución, el de ejecución de sentencias y el denominado juicio ejecutivo; se realiza así una unificación, al menos formal, de los procedimientos de ejecución y se diferencia entre la ejecución dineraria, por obligación de dar y por obligaciones de hacer o no hacer. Con ello la Ley acoge una antigua crítica doctrinal acerca de la separación de la ejecución de sentencias y otros supuestos de ejecución forzosa.

Sin embargo, esta unificación ha dado lugar a alguna crítica doctrinal basada en que en los supuestos de la ejecución judicial de títulos notariales, la ejecución no viene precedida de un enjuiciamiento declarativo previo, ni procesal, ni arbitral ni de mediación, por lo que, se señala, en realidad nos encontramos, como antes en el juicio ejecutivo, ante procedimientos de cognición limitada que sirven, eso sí, para una ejecución forzosa la cual no impide discutir ulteriormente en un juicio declarativo algunos de los aspectos cuya cognición ha sido vedada en el procedimiento de ejecución. No obstante, se dice, la propia ley salva de algún modo su error de principio, por cuanto diseña, en la realidad y en el fondo, dos diferentes procesos de ejecución, uno que versa sobre títulos de ejecución en sentido estricto, que serían los derivados de una sentencia de condena y otro relativo a los antiguos títulos ejecutivos; la ley separa, además, el juicio cambiario, aunque después diseñe un proceso que se sigue por los mismos principios que los títulos ejecutivos.

La diferencia está en que en el primer subgrupo, el de la ejecución de sentencias de condena y supuestos asimilados, cabe la ejecución por todo tipo de obligaciones, de dar, hacer o no hacer, y en el segundo subproceso de ejecución dentro del que están los títulos notariales sólo cabe accionar por una pretensión dineraria y el ejecutado aún puede discutir la exigibilidad de la obligación al poder oponer un elenco de excepciones más amplio que las que caben en el primer subgrupo. El primer subgrupo, por tanto, se caracteriza por el mayor ámbito objetivo y un menor número de excepciones.

Ahora bien, es preciso destacar que dentro de ese subproceso de primer grado, al lado de los títulos judiciales propiamente dichos, entre los cuales se encontraría no sólo la sentencia de condena sino también los acuerdos o transacciones homologados judicialmente, nos encontramos con varios que propiamente no son judiciales pero que la Ley asimila a ellos en cuanto a procedimiento. Dentro de estos supuestos de títulos ejecutivos asimilados a la sentencia firme de condena nos encontramos así ciertos actos procesales del Letrado de la Administración de Justicia, el arbitraje, la mediación o el acto de conciliación.

Pues bien, fuera del arbitraje en donde se da una hetero composición del conflicto por un órgano no jurisdiccional, en los otros supuestos o bien se trata de una autoridad que determina el contenido de una obligación sin intervención de las partes o bien son los propios interesados en el conflicto quienes acuerdan resolverlo en un procedimiento que supone un sujeto pro activo, en el caso de la mediación, o sin intervención más allá de la mera exhortación al acuerdo, en el caso de la conciliación judicial; interesa destacar ahora que en la mediación, de llegarse a un acuerdo, éste ha de ser documentado en una escritura pública, y que en el segundo supuesto, en el que, y vale la pena insistir, no hay carácter proactivo en la intervención del Letrado de la Administración de Justicia o del Juez de Paz, el procedimiento de conciliación pseudo judicial concluye con un acta que recoge el acuerdo y un decreto o auto haciendo constar la avenencia.

En los casos en que la mediación o la conciliación pseudo judicial terminan con un acuerdo, el documento en el que concluye está asimilado en cuanto a su fuerza ejecutiva a la que resulta de una sentencia.

Por lo tanto, la primera pregunta que debemos hacernos es por qué en estos dos supuestos de mediación y de conciliación judicial se produce un efecto diferente del que resulta de la conciliación notarial, la cual habrá de ejecutarse conforme a lo previsto para los títulos ejecutivos extrajudiciales, ya que en aquellos supuestos no estamos ante un supuesto de hecho diferente al último: en todos ellos

el convenio de los interesados que produce la auto composición del conflicto.

Y en realidad, fuera de los casos actuales de mediación y conciliación en cualquiera de sus formas, el problema que se suscita tampoco es muy diferente al supuesto de la escritura pública de transacción. Como dijo un procesalista alemán del siglo XIX, la eficacia de la sentencia consiste en que liquida de forma definitiva la controversia, pero esa fijación definitiva de la relación jurídica pueden lograrla las partes por sí, y lo fijado vale no porque lo han querido como justo, sino porque lo han declarado como tal.

Como señala nuestro Código Civil, en la transacción las partes, dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa evitan la provocación de un pleito o ponen término al que ya hubiera comenzado. La similitud funcional entre la transacción y los supuestos de mediación o conciliación es evidente y ello nos lleva a preguntarnos por qué el convenio transaccional en escritura pública ha de tener distinta fuerza ejecutiva a la que tienen éstos.

Y lo dicho para la transacción vale para la escritura de reconocimiento de obligaciones, aunque ahora no podamos entrar en los muchos matices que esta figura lleva consigo.

La conciliación notarial, la transacción y el reconocimiento de obligaciones suelen ser el final de un conflicto, asimilable funcionalmente a los otros casos incluidos dentro del primer subgrupo de títulos ejecutivos.

Como he dicho, en todos estos casos nos encontramos al final de un proceso de negociación de un conflicto y se suele pensar que la escritura que recoge otro tipo de negocios es solamente el inicio de una relación jurídica. Sin embargo, y en la realidad esto no es así, ya que la escritura suele ser el final de un proceso contractual aunque normalmente se muestre como un acto que surge a la vida *ex novo*.

Y es que en la escritura, en toda escritura, hay siempre dos aspectos, el documento y el hecho de producirse el negocio jurídico. La escritura pública, que es el supuesto que ahora nos interesa, es siempre un documento elaborado por un tercero, pero en el que se puede ver que las partes, al recabar la intervención del notario, prestan también su consentimiento a su formalización y aceptan por tanto no sólo los efectos negociales, sino también los efectos jurídicos que van ligados a la forma empleada. El hecho de producirse el negocio jurídico es el consentimiento que da vida al negocio jurídico en el que las partes asumen unas determinadas declaraciones de voluntad y fijan una situación jurídica, la resultante del acto del otorgamiento, porque disponen de ella. En uno de los contratos más típicos, el de

compraventa, las escrituras suelen decir que teniendo por convenida la compraventa la llevan a cabo de acuerdo con las siguientes estipulaciones y terminan diciendo que así lo dicen y otorgan, y esto no es sino la prestación final del consentimiento a todo lo relatado, que fija las posiciones iniciales y finales de las partes.

Una vez realizadas estas precisiones, he de entrar en el planteamiento del problema de la ejecutividad de las escrituras públicas.

Es un lugar común señalar que hoy en día la ejecutividad de la obligación contenida en un documento público deriva de la Ley y que son razones de política legislativa las que llevan a ello sin que se pueda encontrar un concepto abstracto de título ejecutivo.

Pero el que la ejecutividad se derive de una decisión legal no nos debe privar de averiguar las razones de esa decisión. En ausencia de un voluntario cumplimiento de la obligación se quiere atribuir eficacia jurídica inmediata, siquiera pueda ser provisional, a lo convenido en un título especial. Y esta afirmación es cierta, pero es una afirmación que trata de marcar el origen actual de la ejecutividad, pues en un primer momento derivaba, a través de la cláusula guarentigia, de la voluntad de las partes que asimilaban lo pactado a lo confesado en juicio para darle eficacia de cosa juzgada. En la moderna concepción del Estado, esta idea ya no es correcta por más que en algunos supuestos, como tendremos ocasión de ver, ciertos procedimientos de ejecución o de ejercicio del *ius vendendi* puedan derivarse de un pacto implícito o explícito entre los que serán sujetos de la relación procesal de ejecución. La ley, al establecer la ejecutividad, se basa en razones de interés público, y en las especiales características del título ejecutivo, en su autenticidad y fehaciencia.

Llegados aquí, he de decir que, en mi opinión, la fuerza ejecutiva de la escritura pública deriva hoy de la especial eficacia probatoria y del control de la validez del negocio documentado del que resultan las obligaciones que se tratan de ejecutar. El elenco de excepciones que puede oponer el demandado (art. 557 LEC: pago, compensación, pluspetición, pacto de no pedir, prescripción, transacción), puede ser examinado desde dos puntos de vista. Desde el punto de vista negativo, nos encontramos con que las partes no pueden contender sobre la existencia y validez de la obligación contenida en el título; desde el punto de vista positivo, el deudor sólo puede alegar la extinción total o parcial de la obligación o la existencia de algún pacto novatorio que afecte al derecho a pedir que deriva de la escritura pública, y ello siempre que el supuesto en el que se basa esa alegación conste documentalmente.

Me interesa destacar ahora ese aspecto negativo de que no pueden contender sobre la existencia y validez de la obligación. No pueden contender sobre la existencia porque la voluntad negocial que hace nacer la deuda resulta de un documento fehaciente y no pueden contender sobre la validez porque el hecho de haber sido autorizada por notario supone un control de éste para evitar que surjan al tráfico obligaciones derivadas de negocios inválidos.

Pero el plantear así el tema nos obliga a entrar someramente en el estudio de la eficacia de la escritura pública.

De un modo muy conciso podemos decir que aunque el Código Civil contempla la eficacia de la escritura pública desde lo que se ha denominado el paradigma probatorio, la escritura pública tiene importantes funciones no sólo en el ámbito judicial sino, y diría que casi sobre todo, en el extrajudicial. En este ámbito extrajudicial, la escritura pública es tradición en sentido estricto, el crédito documentado tiene prelación especial y es un medio de conseguir una inscripción de dominio en un registro de la propiedad, y ello, como dice el art. 33 RH, porque hace fe en cuanto al contenido que sea objeto de inscripción.

Y aunque no tenga que ver con la fuerza ejecutiva hemos de destacar estos efectos: la escritura pública prueba la existencia de un negocio de transmisión de bienes y tiene por sí eficacia traditoria y porque es un título tenido por válido y transmite el dominio el registrador lo califica e inscribe la mutación jurídico real ya producida por el negocio documentado. Al Registro sólo acceden negocios ya válidos y que han producido (salvo ciertos casos) ya sus efectos jurídico-reales. La calificación es siempre reactiva: veda el acceso de ciertos títulos, pero no añade nada a su validez. Es la inscripción la que produce los importantes efectos, y entre ellos el dotar al negocio ya producido de la protección de los Tribunales.

Por lo que hace a la eficacia judicial de la escritura pública, se suele diferenciar entre eficacia probatoria y ejecutividad, pero ambas derivan de las peculiaridades de la propia escritura, que supone prueba plena de lo contenido en ella.

La escritura desarrolla esta eficacia discriminando sus efectos; y éstos pueden ser observados: desde la forma documental en sí, en relación con los pactos precedentes existentes entre las partes otorgantes y en relación con los terceros, es decir, los extraños al negocio documentado y que entran en relación con las partes del negocio.

Con esta exposición de los temas queda claro que nos estamos adentrando en el terreno que más arduamente han trabajado autores como NÚÑEZ LAGOS o RODRÍGUEZ ADRADOS. Se hace preciso por tanto un esfuerzo de síntesis.

En sí, la escritura produce prueba plena, es decir, la que por sí sola determina la fijación de un hecho como cierto a los efectos de un proceso. Estos términos de "prueba plena" se encontraban en la primera edición del Código, y son recuperados por la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que hemos de plantearnos si significa algo diferente de lo que venía significando hasta ella, en que había sido reducida a un medio probatorio más, sin especial eficacia probatoria.

Hoy vale la pena destacar la Ley del Notariado, que en su frontispicio (art. 1) dice que el Notario es el funcionario autorizado para dar fe de los contratos, y el art. 319 LEC que califica la escritura pública como prueba plena; contrapone su eficacia probatoria respecto del hecho, acto o estado de cosas documentado con otros documentos administrativos en que los actos serán tenidos por ciertos salvo que sean desvirtuados por otros medios de prueba, y discrimina, y aquí ya sólo se puede referir a la escritura pública, entre los supuestos de usura, en que el Juez puede formar libremente su criterio sobre el contenido del contrato, y los demás casos, en que (y hay que decir que en principio) el Juez viene vinculado por el contenido escriturado.

Si el contenido propio de la escritura es, según la Ley del Notariado, un negocio jurídico, el art. 17 bis se encarga de diferenciar entre el aspecto documental y el aspecto negocial, al decir que el documento goza de fe pública y que su contenido se presume veraz e íntegro. En cuanto al contenido, recoge así la Ley una vieja posición jurisprudencial, que señalaba que "los contratos celebrados por documento público con todos los requisitos legales llevan en sí mismos la presunción de su realidad y validez y quien en ellos se apoya tiene acreditados los hechos normalmente constitutivos de su derecho, siendo el impugnante quien tiene la carga de la prueba" (STS de 20 de febrero de 1943). De esas presunciones de veracidad e integridad se deriva que el contenido negocial documentado es el querido por los intervinientes y que todo el negocio se contiene en él, de forma que se presume que no hay pactos extra documentales. La escritura pública no es ya un medio probatorio más, sino uno singularmente privilegiado, aunque la realidad negocial puede ser impugnada mediante cumplida prueba en contrario.

Sin embargo no debemos sobrevalorar la eficacia probatoria de la escritura, pese a que la dicción de la Ley parece llevar más lejos de lo pretendido en la Exposición de

Motivos. Si decía hace un momento que el Juez viene vinculado en principio por el contenido contractual escriturado es porque hemos de aceptar que la declaración contractual contenida en la escritura pública puede ser mendaz, y ello ya por voluntad de una de las partes o haber una concorde voluntad de las partes de crear una apariencia negocial cuando o bien no ha sido querido el negocio o ha sido querido un negocio con un contenido diferente.

No otro es el criterio de la STS de 15 de febrero de 1944 de que "el pleno crédito que se concede al testimonio notarial sólo alcanza a aseverar lo que los contratantes han realizado o declarado en presencia del fedatario, no a la veracidad intrínseca de tales declaraciones ni a la intención o propósito que oculten o disimulen", con lo que, en realidad, no estamos ante una contradicción entre la voluntad real y la declarada sino ante una causa que se simula en otra negocial.

Razones de tiempo impiden que podamos examinar dos vías por las que la doctrina notarialista española ha tratado de minimizar o matizar los efectos de esta mendacidad: la de la *renovatio contractus* y la del contradocumento.

Antes decía que se ha pasado del paradigma probatorio al paradigma de legalidad, y es que el documento público tiene una fuerte presunción de legalidad, como resulta de lo que el art. 18 de la Ley 2/2009 llama el "deber genérico de control de legalidad" que ha de desarrollar el notario o el control de la regularidad formal y material del negocio documentado. Y es que, como resalta la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999, "la función pública notarial incorpora un juicio de legalidad sobre el fondo y la forma del negocio jurídico que es objeto del documento público".

La consecuencia de este sistema es que la escritura pública y la póliza son títulos ejecutivos no sólo porque hay certeza de su contenido (a la autenticidad sobre el contenido se refiere expresamente el art. 4.3 del Reglamento Europeo sobre título ejecutivo europeo) y de la identidad del autor de la declaración negocial, sino porque hay certeza de que el contenido obligacional ha sido querido como productor de determinados efectos y presunción de que ha sido válidamente formado ese contenido contractual.

El documento ha sido leído, se manifestó haber sido entendido y fue querido efectivamente.

Conocer, entender y aceptar son los verbos básicos en el quehacer notarial. Y en todo eso se basa la posición legal de permitir una pretensión ejecutiva.

Con carácter general, éstas son las razones que hacen que el título notarial tenga una fuerza ejecutiva especial y que frente a él no quepa alegar más que un número limitado de excepciones. Pero hay un supuesto en que el título ejecutivo hace que se reduzcan aún más las excepciones. Me refiero al supuesto de ejecución del crédito hipotecario, en el que, y fuera de la oposición a la determinación del saldo deudor efectuado por la entidad acreedora y validado notarialmente, sólo cabe la alegación de que la deuda ha sido pagada, siempre que ello resulte de otro documento público, o que la hipoteca consta cancelada registralmente o se haya otorgado escritura de cancelación.

La ejecución hipotecaria ha sido hasta hace bien poco la reina de las ejecuciones por la existencia de un procedimiento sumario en el que las posibilidades de oposición estaban enormemente limitadas. Son bien sabidas las incidencias de la ejecución hipotecaria en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las modificaciones legislativas a que ha dado lugar en los procedimientos de ejecución o en la venta extrajudicial del bien hipotecado hasta llegar a la actual Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario.

Sin embargo, no dejan de plantearse hoy doctrinalmente y por algunas sentencias de Audiencias algunos problemas que han de ser examinados brevemente.

En materia de condiciones generales y Derecho de los consumidores se ha distinguido (STS de 28 de mayo de 2018):

El requisito de la transparencia formal (también llamado control de inclusión o incorporación), que exige, ante todo, la concreción del clausulado general y su comprensibilidad para comprobar que la adhesión contractual se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad.

Para las cláusulas que constituyen el objeto principal del contrato se exige la denominada transparencia material o control de consentimiento, que supone la comprensibilidad real de la carga jurídica y económica de la cláusula, es decir, se trata del deber de suministro de información para permitir que el contratante consumidor pueda llegar a un conocimiento efectivo. Respecto de estas cláusulas, en cuanto ligadas al objeto principal, no cabe control de contenido o de abusividad.

Para las cláusulas accesorias, no se prevé un control de transparencia material sino un control de abusividad, de forma que son válidas si su contenido respeta el Derecho dispositivo. Es decir, el consentimiento adhesivo al bloque contractual basta para el ordenamiento siempre que la

cláusula no sea abusiva, es decir, que no tenga un carácter objetivamente desequilibrado.

No puedo detenerme ahora en cómo esta doctrina del Derecho del consumo supone una grieta en el principio del consentimiento contractual, porque el consumidor acepta todo el contenido contractual aunque después no se conozca parte de lo que se acepta y no se comprenda parte de lo que se conoce.

Pues bien, estas ideas nos permiten plantear si cabe un control de lo que se han denominado las cláusulas ejecutivas por razón no sólo de la incorporación (que siempre se ha de dar) sino, sobre todo, por la transparencia material o un control de abusividad.

Lo cierto es que el ordenamiento jurídico español permite hoy en los procedimientos ejecutivos de todo tipo y en la venta extrajudicial el control de las cláusulas abusivas a instancia de parte o planteando de oficio el notario o el juez la posible existencia de las mismas. Sin embargo ahora lo que nos vamos a plantear no es si el contrato contiene o no cláusulas abusivas, sino si la cláusula que permite la ejecución directa o la venta extrajudicial es en sí abusiva.

Y así se ha señalado respecto del pacto de venta extrajudicial que este pacto es abusivo porque limita enormemente para el deudor la posibilidad de alegación de excepciones, y, aunque se reconoce que hoy (art. 129 LH) se cumple suficientemente con el control de incorporación, y se reconoce que el procedimiento está previsto legalmente y está reglado, se plantea si ha habido una comprensión real del alcance de esta cláusula contractual y se concluye con que si no existe esta comprensión real la cláusula debe decaer. Es cierto que el Tribunal Supremo se ha enfrentado a este problema en sentencias de 14 de julio de 2016 y 25 de abril de 2015, pero sus argumentos han sido bastante formales, al señalar que, como cláusula accesoria que es, sólo cabe respecto de ella el control de abusividad, que no se da por cuanto se respeta el Derecho existente, y no cabe un control de transparencia material, que sólo cabe en el objeto principal del contrato.

Al mismo tiempo, se ha destacado por la doctrina, y a mi modo de ver con razón, que la ejecución directa del bien hipotecado supone un pacto implícito de sumisión al procedimiento, pacto que resulta de la fijación de un valor para subasta y de un domicilio para notificaciones. Como pacto implícito, se plantea respecto del mismo el problema antes señalado de la comprensión real por el consumidor del alcance de una ejecución dineraria por este medio por cuanto se limitan las excepciones.

Pero no puedo dejar de señalar cómo, al mismo tiempo, se defiende doctrinalmente (y se acoge por algunas sentencias de Audiencias Provinciales) que es un abuso de derecho que el acreedor opte por la reclamación de la totalidad de la totalidad de la deuda por la vía de la ejecución ordinaria y no por la privilegiada de la ejecución directa, ya que, se señala, ello lleva a que el deudor pierda la posibilidad de enervar el ejercicio de la pretensión procesal del acreedor mediante el pago de las cuotas impagadas que han dado lugar al vencimiento anticipado de la totalidad.

Súmenle a estos problemas ya reales el problema que plantea la ley que entrará en vigor del largo plazo para que el acreedor pueda declarar vencida anticipadamente la obligación y se encontrarán con una conclusión: al acreedor puede resultarle interesante acudir a la ejecución ordinaria de las cuotas impagadas y de las que se devenguen durante el procedimiento, en donde no se perjudica el derecho del deudor a enervar el procedimiento pagando la deuda, pero con el agravante del pago de las costas.

En realidad, mi primera intención era estudiar detenidamente este supuesto, que plantea problemas jurídicos muy interesantes, pero razones de tiempo lo impiden. Pero no dejo de manifestar que es o puede ser una solución respecto de los créditos que están ya en una ejecución paralizada por la abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado, y también puede serlo para los créditos ya concertados que se impaguen en el futuro. Respecto de los que se concierten en el futuro, habrá que atender al contenido del acta notarial y la relación con la información precontractual que el predisponente ha debido proporcionar.

Pero eso es ya una materia que han de examinar otros ponentes.