

Roj: STS 3892/2014
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 991
Nº de Recurso: 1460/2013
Nº de Resolución: 466/2014
Fecha de Resolución: 12/09/2014
Procedimiento: CIVIL
Ponente: EDUARDO BAENA RUIZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Cuestión:

Contrato de préstamo. Pagaré librado como garantía del préstamo concertado con consumidor sin la intervención de fedatario público. Importe del pagaré cumplimentado por el prestamista. Cláusula abusiva. Ineficacia de la declaración cambiaria. Voto particular

La Sala estima el recurso de casación. Califica de abusiva la condición general de la póliza de préstamo consistente en el libramiento del pagaré en garantía del pago del préstamo en ausencia de intervención de fedatario público y fija como doctrina jurisprudencial la siguientes: "la condición general de los contratos de préstamo concertados por los consumidores, en la que se prevea la firma por el prestatario (y en su caso por el fiador), de un pagaré en garantía de aquel, en el que el importe por la que se presentará la demanda de juicio cambiario es complementado por el prestamista con base en la liquidación realizada unilateralmente por él, es abusiva y, por tanto, nula, no pudiendo ser tenida por incorporada al contrato de préstamo, y, por ende, conlleva la ineficacia de la declaración cambiaria. ".La sentencia de la Sala cuenta con un voto particular que considera que el recurso de casación debería haber sido desestimado, por cuanto el pagaré cuestionado fue un medio de pago y no se le puede atribuir función de garantía. La deuda de los prestatarios estaba ya inicialmente determinada y era líquida según la jurisprudencia. Ningún privilegio procesal obtuvo la prestamista por ir a una juicio cambiario, en lugar de hacerlo a un proceso de ejecución (al que hubiera podido acceder de haber intervenido un fedatario publico) .Asimismo muestra su discrepancia con la afirmación de la sentencia de la Sala respecto a la no intervención de fedatario público y discrepa de la doctrina fijada.

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil

PLENO

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia Nº: 466/2014

Fecha Sentencia: 12/09/2014

CASACIÓN

Recurso Nº: 1460/2013

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando

Votación y Fallo: 17/07/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia, Sección Novena

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Escrito por: ezp

La condición general de los contratos de préstamo concertados con consumidores, sin intervención de fedatario público, en la que se prevea la firma por el prestatario (y en su caso por fiador) de un pagaré, en garantía de aquel, en el que el importe por el que se presentara la demanda de juicio cambiario es complementado por el prestamista con base a la liquidación realizada unilateralmente por él, es abusiva y, por tanto, nula, no pudiendo ser tenida por incorporada al contrato de préstamo y, por ende, conlleva la ineficacia de la declaración cambiaria.

CASACIÓN Num.: 1460/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Eduardo Baena Ruiz

Votación y Fallo: 17/07/2014

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

SENTENCIA N^o: 466/2014

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán

D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Xavier O' Callaghan Muñoz

D. José Luis Calvo Cabello

En la Villa de Madrid, a doce de Septiembre de dos mil catorce.

El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por don Juan Francisco y doña Joaquina, representados por el procurador de los tribunales don José Luis Medina Gil, contra la *sentencia dictada el veintiocho de noviembre de dos mil doce, por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia*, que resolvió el recurso de apelación interpuesto, en su día, contra la que había pronunciado el Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Paterna.

Ante esta Sala compareció la procuradora de los tribunales doña María Concepción Villaescusa Sanz, en representación de don Juan Francisco y doña Joaquina, en concepto de partes recurrentes. Es parte recurrida Caixabank, SA, representada por la procurador de los tribunales doña Elena Medina Cuadros.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1.- La procuradora doña Margarita Sanchís Mendoza, en nombre y representación de Caixa D'Estalvis I Pensions de Barcelona - La Caixa- , interpuso demanda de juicio cambiario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Paterna (Valencia), contra don Juan Francisco y doña Joaquina , para que se dictase auto.

"...ordenando se le requiera de pago y proceder al embargo preventivo de bienes del mismo, reseñados en el Primer Otrosí, por si no se atendiera el requerimiento de pago, para cubrir la suma de ocho mil trescientos nueve euros con ocho céntimos (8.309,08 €) importe que se reclama, más cantidad de dos mil cuatrocientos noventa y dos euros con setenta y dos céntimos (2.492,72 €) que se calcula prudencialmente para los intereses devengados desde el momento del protesto o declaración sustitutoria, a razón del tipo señalado, así como para las costas y gastos que se causen en el presente litigio; hecho lo cual, y de persistir el impago:

a) Para el caso de no haber mediado oposición formal: dicte Auto despachando ejecución por las cantidades reclamadas.

b) Para el caso de haber mediado oposición formal: previos los trámites legales establecidos, dicte Sentencia condenando a los demandados al pago de las referidas cantidades.

Y siguiendo el juicio por sus trámites, mandar seguir adelante la ejecución hasta hacer trance y remate de los bienes embargados y, con su producto, entero y cumplido pago a mi principal de cuanto acredite por los expresados conceptos, reclamados en el presente juicio."

2.- El procurador don José Luis Medina Gil, en representación de don Juan Francisco y doña Joaquina , formuló demanda de oposición y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"...acuerde, dictar sentencia por la que, acogiendo las excepciones invocadas, desestime íntegramente la demanda del proceso cambiario, y subsidiariamente declare la nulidad de la cláusula facultativa de intereses ordinarios y de demora, con los efectos pertinentes, con imposición de las costas procesales a la contraparte."

3.- El Juez de Primera Instancia núm. 4 de Paterna dictó sentencia con fecha 4 de abril de 2012 , con la siguiente parte dispositiva:

"Fallo: Que desestimando la oposición formulada por Juan Francisco y Joaquina representada en juicio cambiario por el procurador sr. Medina Gil seguido de la mercantil La Caixa representado por el procurador sr. Medina Gil debo mandar y mando seguir adelante la ejecución condenando al demandado Juan Francisco y Joaquina el pago a la ejecutante de la cantidad de ocho mil trescientos nueve euros con ocho céntimos (8.309`08 euros) en concepto de principal por el importe del pagaré impagado más gastos de devolución del pagaré, intereses que se calculan por importe de dos mil cuatrocientos noventa y dos euros con setenta y dos

céntimos (2.492`72 euros) intereses y costa a cuyo pago se condena expresamente a los demandados."

Tramitación en segunda instancia

4.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de don Juan Francisco y doña Joaquina.

La resolución de este recurso correspondió a la *sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia, mediante Sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012*, cuya parte dispositiva es como sigue:

"...desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia 4 de Paterna en proceso cambiario 504/2011 confirmamos dicha resolución, imponiéndose las costas de la alzada a la parte apelante con la pérdida del depósito constituido para recurrir."

Interposición y tramitación del recurso de casación

5.- El procurador José Luis Medina Gil, en representación de don Juan Francisco y doña Joaquina, interpuso recurso de casación ante la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia.

Los motivos del recurso de casación fueron:

1º) Infracción de los arts. 6 y 7 del Código Civil .

2º) Infracción de los arts. 95 , 96 y 38 a 42 de la Ley Cambiaria .

3º) Infracción de los arts. 39 , 43 y 69 de la Ley Cambiaria .

4º) Infracción del arts. 89.7 de la Ley de Crédito al Consumo ."

6.- Por diligencia de ordenación de fecha 4 de junio de 2013, la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

7.- Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecieron como parte recurrente don Juan Francisco y doña Joaquina, representados por la procuradora doña María Concepción Villaescusa Sanz; y como parte recurrida Caixabank, SA, representada por la procurador de los tribunales doña Elena Medina Cuadros.

8.- *Esta Sala dictó Auto de fecha 11 de febrero de 2014*, cuya parte dispositiva es como sigue:

" Admitir el Recurso de Casación interpuesto por la representación procesal de don Juan Francisco y doña Joaquina , contra la Sentencia dictada, con fecha 28 de noviembre de 2012, por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª), en el rollo de apelación nº624/2012, dimanante del juicio cambiario nº 504/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Paterna."

9.- Dado traslado, la representación procesal de Caixabank, SA, presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

10.- Con fecha 24 de junio de 2014 se dictó Auto por esta Sala por el que se estimaba justificada la abstención formulada por el Excmo. Sr. Magistrado Sebastián Sastre Papiol, y se acordaba someter a la decisión del Pleno de la Sala la deliberación del presente recurso. Se señaló para votación y fallo el día 17 de julio de 2014, en que ha tenido lugar.

11.- El Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel no se conformó con el voto de la mayoría, por lo que declinó redactar la resolución. El Excmo. Sr. Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo encomendó la redacción al Excmo. Sr. don Eduardo Baena Ruiz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1.- Con fecha 20 de abril de 2009 se celebró un contrato, denominado de "préstamo formalizado con pagaré" entre la entidad actora de la litis, CAIXA DÉSTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA - LA CAIXA-, la prestamista, y los demandados don Juan Francisco y doña Joaquina, los prestatarios, por un importe de trece mil euros (13.000 €), con un interés nominal anual de 8,125%, comisiones de apertura y de gestión de reclamación de impagado. La amortización del préstamo se fijó con periodicidad mensual a razón de 48 pagos de 318,13 euros cada uno, que comprendían capital e intereses, siendo la fecha del primer pago el 1 de mayo de 2009, si bien se abonaría una fracción de 31,83 euros por el periodo de 20-04- 2009 a 30-04-2009. Los intereses de demora se pactan en 20,500%. El importe total de pagos por amortización, intereses y comisiones ascendía a 15.464, 62 euros.

En las condiciones generales se contemplaban como cláusulas, que aquí interesa destacar, la undécima, que prevé el vencimiento anticipado, y la decimotercera que es del siguiente tenor : "*En interés de la parte prestataria y con la conformidad de "la Caixa" se conviene la incorporación de las obligaciones de devolución del capital y pago de intereses que, para la parte prestataria y los fiadores, se derivan de este contrato a un pagaré emitido por la parte prestataria con el aval de los fiadores de este préstamo. La formalización de este título no supone novación de las relaciones obligacionales originadas por este contrato ni produce efectos de pago, sino de garantía. El pagaré se emite en esta fecha, a la vista y se establece un término de presentación al cobro no superior a la duración de este préstamo más 12 meses. En caso de que las partes hubieran pactado en las condiciones particulares la opción de introducir "nuevos periodos de pago exclusivamente de intereses", cuyo ejercicio suponga una prórroga en el plazo de vencimiento del préstamo, el plazo de presentación antes citado no será superior a la "fecha de vencimiento final prorrogado máximo" más 12 meses.*

Se consigna como importe del pagaré el mismo que consta como capital del préstamo, en las condiciones particulares.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 19/1985, Cambiaria y del Cheque, se conviene que el importe del pagaré devengará intereses a favor de "la Caixa", en los siguientes términos:

a) al mismo tipo de interés anual del préstamo, de carácter ordinario o retributivo, desde la fecha de emisión del título y hasta la fecha de su presentación al pago.

b) en el caso de que no fuera satisfecho al ser presentado al pago, producirá intereses indemnizatorios de demora al mismo tipo que el convenido a tal fin en las condiciones particulares de este contrato. Ambos tipos de interés se harán constar en el pagaré. De conformidad con lo dispuesto en el art. 45 de la Ley 18/1985, Cambiaria y del Cheque, también se hará constar en el propio pagaré la totalidad de los pagos efectuados en concepto de amortización de capital.

En razón de tales pagos parciales, la base para el cálculo de los intereses retributivos del pagaré será el importe del capital que se halle pendiente de pago en cada momento."

En la misma fecha se emitió el pagaré a la vista, no a la orden, incluyendo en materia de intereses lo pactado en la cláusula antes transcrita, por un importe de trece mil euros (13.000 €), plazo de presentación en cualquier momento hasta el 1 de mayo de 2014, tipo de interés ordinario el 8,125 € y tipo de interés de demora el 20,500 €.

El 2 de mayo de 2011 se complementó el pagaré por la Caixa en los siguientes términos: "*Satisfecha a cuenta del principal del pagaré la cantidad de 4.910,61 euros e intereses de la misma, quedando pendiente de pago la suma de 8.309, 08 euros, de las que 8.089,39 euros comprenden al principal del pagaré y 219,69 euros a intereses ordinarios. La Caja domiciliaria declara denegado el pago de este documento a los efectos previstos a el artículo 51 de la Ley 19/1985 por la cantidad de 8.309, 08 euros*"

2.- La Caixa dio por vencido anticipadamente el contrato de préstamo formalizado en documento privado y formuló demanda de proceso especial cambiario, conjunta y solidariamente contra don Juan Francisco y doña Joaquina, ambos en calidad de prestatarios, en reclamación de 8.309,08 euros, más 2.492,72 euros presupuestados para intereses, gastos y costas, con fundamento en el pagaré emitido y complementado.

3.- Se formuló demanda de oposición cambiaria, articulándose como motivos los siguientes:

Primero: Falta de validez de la declaración cambiaria de los firmantes del pagaré por incorporación al contrato de cláusulas abusivas:

A) Falta de entrega de copia del contrato ni del pagaré, desconociéndose la firma de un pagaré que por su formato parece una hoja más del contrato de préstamo.

B) Cláusulas abusivas.

Correspondiendo a los firmantes del pagaré la calificación de consumidores, pues el préstamo solicitado fue para su consumo particular, la imposición por la Caja demandante de las condiciones generales 13 a 16 y la suscripción del pagaré, que no fueron negociadas individualmente, además de contraria a la buena fe, causa un grave desequilibrio en perjuicio de los prestatarios de dichas prestaciones, ya que estos nada reciben a cambio de la nueva prestación que la entidad financiera les impone, lo que resulta claramente abusivo, provocando la nulidad por aplicación del *artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007*, por comportar una violación del orden público económico en perjuicio del consumidor y en beneficio de la entidad financiera, que de este modo consigue el acceso a la vía cambiaria, tan similar a la ejecutiva, eludiendo los controles que la Ley de enjuiciamiento civil le impone, evitando también que la póliza de préstamo haya sido intervenida por Notario, con lo que elude otra garantía legal.

Con la firma del pagaré se reserva la entidad prestamista un amplio poder unilateral de determinación de la cuantía, coloca a los prestatarios en una posición con escasas garantías de defensa en el juicio cambiario, por lo que debe ser considerada nula de pleno derecho conforme a la normativa indicada. El prestamista, de ese modo, busca obtener una posición tan reforzada como la que se adquiere en la ejecución forzosa, pero sin cumplir con todos los requisitos legales que se exigen para el éxito de la acción ejecutiva, estableciendo una serie de prerrogativas a su favor (innecesariedad de liquidación y certificación de la deuda, inmediato embargo preventivo de los bienes del deudor, menor plazo para la oposición que en un proceso declarativo, despacho de ejecución en caso de falta de oposición, o traslado al deudor de la carga de alegar y probar los motivos de oposición) que implican, en fraude de ley, dejar a su voluntad la interpretación del contrato, limitan los derechos del consumidor y le imponen garantías desproporcionadas, lo que provoca la nulidad de la emisión de la declaración cambiaria, tal como entiende la jurisprudencia.

Segundo: Falta de formalidades necesarias del pagaré al carecer de la preceptiva firma de las cláusulas facultativas de presentación del pagaré a la vista.

No conteniendo mención el pagaré del plazo de presentación al cobro, por aplicación del *artículo 39 LCCH* deberá presentarse al pago dentro del año siguiente a su fecha, sin que el librador haya hecho constar como cláusula limitativa en el título la prerrogativa de acortar o fijar un plazo más largo.

Tercero: Falta de formalidades necesarias del pagaré por la no presentación al cobro, con incumplimiento de las condiciones generales.

No consta la presentación al cobro en la cuenta abierta , como se hizo con los restantes recibos.

Cuarto: Improcedencia de la reclamación de intereses por incumplimiento de las formalidades del pagaré.

No se ha pactado el tipo porcentual de intereses como cláusula facultativa en el pagaré. Falta de presentación al cobro o exceso del plazo: mora accipiendi, abusividad de la cláusula de intereses que supera el 2,5 % el interés legal del dinero.

4.- La sentencia de primera instancia desestima la demanda de oposición cambiaria. Fundamenta, en síntesis, que existe conocimiento del pagaré firmado así como del contrato que se califica como "préstamo formalizado con pagaré", sin que el contrato se haya negado.

El pagaré reúne, conforme a los *artículos 94 a 97 de la LCCH* , los requisitos formales para la exigibilidad de su cobro. Se han realizado las operaciones para sustentar el importe que consta en el pagaré y la firma contenida en el mismo cubre la de las cláusulas facultativas.

5.- Recurso de apelación de los demandados. Reproducen las alegaciones de la demanda de oposición, refiriendo falta de pronunciamiento sobre la abusividad de las cláusulas que se había planteado. Oposición al recurso de apelación. La entidad bancaria, apelada sostiene que el pagaré cumple todas las formalidades legalmente exigidas. En el presente supuesto no se trata de un pagaré en blanco, su cumplimentación se produce en el momento mismo de la firma, por el importe del préstamo percibido, recogiendo en la liquidación de la deuda las cantidades que han sido abonadas. Se trata de un contrato de préstamo de cuotas a interés fijo. En cuanto a la falta de presentación al cobro, no afecta a la validez del efecto sino las acciones cambiarias de regreso, conforme a lo dispuesto en el *artículo 63 de la LCCH* y según recoge la Jurisprudencia.

6.- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia:

Desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de primera instancia con los siguientes argumentos:

En el ámbito del ejercicio de la acción cambiaria no afecta la alegación de falta de entrega de copia del contrato que motiva su libramiento, ni exigen los artículos 94 y siguientes entrega de copia del pagaré al obligado cambiario, siendo inaplicable la normativa de protección de consumidores y usuarios, pues el pagaré es un título o instrumento de pago, no el contrato de operación entre el consumidor y el empresario.

Las citas jurisprudenciales que invoca el recurrente son inaplicables al presente caso, pues en ellas se enjuician supuestos de emisión de pagarés en blanco como forma de instrumentalizar el débito causado por un contrato de préstamo, situación que en este proceso no se invoca por los opositores en su escrito rector, donde no se denuncia que se librase en blanco y por ende que sus condiciones y pactos fuesen rellenados por la entidad bancaria con posterioridad al libramiento. En tal pliego se defendió la infracción del artículo 83 del RDL 1/2007 porque no fue negociado individualmente cuando es evidente que suscribieron y por dos veces el pagaré causa de la acción.

El pagaré cumple las formalidades legales en cuanto al plazo de presentación y ha sido firmado, por dos veces, el mismo instrumento.

En cuanto a la falta de presentación al cobro, el pagaré reúne las condiciones del *artículo 94 LCCH*, se ejercita una acción directa, siendo irrelevante el argumento, por no ser una formalidad exigida para que el título tenga la consideración de pagaré y por no enervar la acción planteada.

Los intereses: figuran en el pagaré el tipo del interés ordinario 8,12% y el de demora 20,50 % y en la cláusula facultativa se expresa la conformidad con los mismos.

Excluye la mora accipiendi, para el devengo de intereses por falta de presentación del cobro.

En cuanto al cálculo liquidatorio, el *artículo 821 LEC* no exige tal presupuesto instrumental a diferencia del proceso de ejecución de título judicial que no es el entablado.

Respecto de la abusividad de los intereses de demora alegada, la sentencia de la Audiencia Provincial mantiene que no resulta de aplicación al contrato de préstamo el *artículo 19.4 de la Ley de Crédito y Consumo* vigente en aquel momento.

7.- Recurso de casación:

Se interpone recurso de casación por los demandados de juicio cambiario, que se desarrolla en cuatro motivos

En el primero alegan la infracción de lo dispuesto en los *artículos 6 y 7 del Código Civil*, dado el abuso de derecho en el que incurre la entidad bancaria al imponer su poder sobre los consumidores. La sentencia recurrida entiende que el contrato de préstamo como causa de libramiento del pagaré carece de relevancia para enervar la acción cambiaria y no es aplicable la normativa de protección de consumidores y usuarios pues el pagaré es un título o instrumento de pago, no el contrato de operación entre el consumidor y empresario.

Mantienen los recurrentes que existe jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales: por un lado están las sentencias que como la sentencia recurrida entienden que pagaré librado en garantía de una póliza de préstamo no constituye un fraude de ley, ya que la extensión en blanco de un pagaré está expresamente reconocida en nuestra legislación (entre otras, la sección 9ª, de la Audiencia Provincial de Valencia, de 3 de mayo de 2011, sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de 29 de setiembre de 2010); frente a esta posición está la corriente doctrinal que mantiene que aunque se haya suscrito el pagaré en blanco, por esta causa el pagaré no es inválido, sino que lo determinante es la condición de consumidor del deudor, y al haber suscrito un préstamo al consumo, la cláusula aceptada en el ámbito del contrato de adhesión consistente en el libramiento del pagaré en garantía del pago del préstamo se debe considerar como abusiva y nula de pleno derecho conforme al art. 10 Bis. 2 y por ello se declara también la nulidad del pagaré, corriente que siguen las *sentencias de la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Castellón de 6 de noviembre de 2000 y 23 de marzo de 2001*.

Para los recurrentes, con el pagaré librado para garantía de devolución del préstamo se producen los siguientes efectos:

1- Se altera el equilibrio de las partes del contrato de préstamo del que trae causa; con el pagaré todo son ventajas para el prestamista, dado que se beneficia de un procedimiento más sumario y expeditivo que el ordinario que le correspondería.

2.- Se imponen garantías desproporcionadas al riesgo asumido, alteración de la causa pues el documento privado de préstamo se convierte en título ejecutivo con inversión de la carga de la prueba de la existencia de la deuda y su alcance.

3.- Se impone la carga de la prueba al consumidor, y a tenor del 83 RDL 1/2007, las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho, podrán ser apreciadas de oficio y se tendrán por no puestas.

4.- Podría entenderse que hay fraude de ley dado que para conseguir un efecto ejecutivo por lo debido por un préstamo instrumentado en un contrato privado en lugar de recurrir al fedatario público se recurre al ardid del pagaré.

Esta doctrina es seguida también por la sección, 21ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 12 de julio de 2011.

Solicita la parte recurrente que se fije como doctrina por la Sala "que en atención a la condición de consumidor del deudor, y al haber suscrito un préstamo al consumo, la cláusula

aceptada en el ámbito del contrato de adhesión consistente en el libramiento del pagaré en garantía del pago del préstamo, se debe considerar abusiva, lo que conlleva que no se pueda tener por incorporada al contrato de préstamo y, por tanto, que la declaración cambiaria sea ineficaz."

En el motivo segundo, invoca la infracción de la jurisprudencia sobre el canon hermenéutico contra "proferentem", representada por las *sentencias del Tribunal Supremo, de 9 de julio de 2012*, y 20 de julio de 2011, esto es, la falta de claridad para proteger al contratante más débil en el sentido de que la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiere ocasionado la oscuridad; denuncian los recurrentes que la interpretación de la sentencia recurrida resulta ilógica y arbitraria pues la cláusula de presentación al cobro es una cláusula oscura formulada en un contrato de adhesión suscrito entre la entidad financiera y los consumidores y ha sido interpretada por el Tribunal a favor de quien la ha redactado, por lo que se vulnera la doctrina citada. Así, al no figurar la cláusula de presentación entre las cláusulas facultativas, ésta carece de validez, y se ha de considerar como no puesta, y por consiguiente el pagaré solo pudo ser presentado al cobro dentro del plazo de un año desde su emisión, es decir hasta el 20 de abril de 2010, y en esa fecha el préstamo que ampara el pagaré se encontraba al corriente del pago de sus cuotas. Pasado el plazo de un año perdió el pagaré la función garantizadora.

En el motivo tercero plantean la infracción de la jurisprudencia existente sobre el rigor formal exigible para reconocer eficacia cambiaria a los títulos, representada por las *sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2012*, y *14 de abril de 2010*. Denuncian los recurrentes que la presentación del pagaré litigioso debió hacerse ante la cuenta que tenían abierta ya que la falta de presentación al cobro supone, además del incumplimiento de las obligaciones impuestas al tenedor del pagaré, ir contra los propios actos, y siendo el pagaré a la vista solo se produce su vencimiento a la fecha de presentación.

En el motivo cuarto invocan la infracción de lo dispuesto en el *art. 19.4 de la Ley de Créditos al Consumo*, en relación al carácter abusivo de los intereses moratorios, alegando que existe jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, en concreto las *sentencias de la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de diciembre de 2011* y *5 de julio de 2012*. No es aplicable el *art. 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo*, por cuanto en el caso de autos nos encontramos en una operación completamente diferente como es el contrato de préstamo entre las partes y en virtud de la libertad de pactos que predica el *art. 1255 del Código Civil*, se ha convenido un pacto de indemnización de daños y perjuicios para el supuesto en que los deudores se constituyan en mora, frente a la posición que siguen entre otras la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Murcia, de 31 de marzo de 2000, y 1 de febrero de 2000, que declaran la nulidad de los intereses moratorios, superiores a 2,5 veces del interés legal del dinero. Por tanto, respecto a los intereses moratorios, como el pagaré garantiza un préstamo al consumo y supera los 2,5 veces el interés legal del dinero, resulta la cláusula abusiva y deberá tenerse por no puesta.

8.- Admisión del recurso de casación.

Por *Auto de la Sala de fecha 11 de febrero de 2014*, se admitió el recurso de casación interpuesto.

9.- Oposición al recurso de casación.

El pagaré reúne todos los requisitos exigidos por los *artículos 94 a 97 de la LCCH*, por lo que se rechaza la remisión a normas ajenas a la singularidad del pagaré.

La doctrina jurisprudencial invocada no es aplicable pues se refiere a supuestos de pagarés en blanco; en el presente caso el pagaré no es un pagaré en blanco sino que se cumplimenta en el momento de su firma por el importe del préstamo percibido, recogiendo en la liquidación de la deuda las cantidades que han sido abonadas.

No supone prerrogativas para el prestamista.

No se exige el requisito del *artículo 572 de la LEC*, aplicable a las ejecuciones para el saldo de cuenta, y en el presente caso estamos en un contrato de préstamo a interés fijo y de

cuotas, al que tampoco resultarían aplicables los *artículos 573 y 574 de la LEC*.

Ejercitada la acción directa, la falta de presentación al cobro sólo puede perjudicar la acción de regreso pero no afecta a la validez del efecto.

La legislación y jurisprudencia menor invocada por la contraparte se refiere a descubiertos en concesiones de crédito en cuenta corriente, y a novedades legislativas y jurisprudenciales en materia de ejecuciones hipotecarias no aplicables al caso.

SEGUNDO.- Recurso de casación.- Enunciación y planteamiento Motivo primero:

Se formula por presentar la resolución del recurso interés casacional, dado que la sentencia de instancia resuelve puntos y cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales respecto a la validez de la declaración cambiaria del pagaré suscrito con garantías de pago de un préstamo para el consumo concedido por entidad financiera.

Ante la discrepancia jurisprudencial existente entre sus múltiples y divergentes pronunciamientos de las Audiencias Provinciales se interesa que se declare la siguiente doctrina jurisprudencial: *"en atención a la condición de consumidor del deudor, y al haber suscrito un préstamo al consumo, la cláusula aceptada en el ámbito del contrato de adhesión consistente en el libramiento del pagaré en garantía del pago del préstamo se debe considerar abusiva, los que conlleva que no se pueda tener por incorporada al contrato de préstamo y, por tanto, que la declaración cambiaria no pueda tener validez."*

Valoración de la Sala.

Este primer motivo merece ser estimado por las razones que se van a exponer y, en consecuencia, no procederá entrar a valorar y decidir sobre los restantes.

La cláusula cuya validez y eficacia jurídica se valora surgió en la práctica bancaria, con el texto que contiene la póliza de la presente *litis* o similar, con la finalidad de que la póliza donde se documenta el préstamo no precisase de la intervención de fedatario público, sin perder por ello fuerza ejecutiva el negocio jurídico subyacente.

Para conseguir tal fin se prevé que el prestamista, autorizado en contrato por el prestatario, quede facultado para dar por vencido anticipadamente el préstamo en conjunción con el también concertado "pacto de liquidez", en atención a la licitud del pagaré en blanco, que se complementarían en su cuantía tras haberse emitido de forma incompleta. Se emitiría a la vez que se formalizaba el contrato de préstamo a favor de la entidad bancaria, quedando esta como legítima tenedora del mismo para garantía del cumplimiento de aquel negocio.

A los efectos del diseño de la práctica bancaria que valoramos no es trascendente que el pagaré se emita totalmente en blanco, en cuanto a guarismos de la promesa de pago, o que se inserten los correspondientes al capital prestado complementándose luego los concretamente reclamados, merced al pacto de liquidez, una vez se dé por vencido anticipadamente el contrato de préstamo. En contra de lo que sostiene la sentencia recurrida y el escrito de oposición al recurso de casación no se está en presencia de un título cambiario autónomo y totalmente desvinculado de un contrato de préstamo subyacente sino que se emite para garantía de este y anudado a un pacto de liquidez; con lo que, a la hora de valorar el pacto y su eficacia jurídica, sería indiferente que la cuantía del pagaré se encuentre en blanco y se rellene luego, tras la liquidación unilateral, o bien que se inserte, cual es el presente supuesto, la cuantía del capital prestado para, llegado el vencimiento anticipado, previa liquidación unilateral, complementarlo, concretando el débito reclamado.

A la anterior consideración, y antes de exponer las divergencias existentes sobre la eficacia del pacto en cuestión en las resoluciones de nuestras Audiencias Provinciales, hemos de añadir, por ser de interés al presente litigio, que los prestatarios son consumidores, no planteándose debate sobre tal extremo, así como la especial atención legislativa y jurisprudencial

que existe respecto de la tutela de los derechos de quienes tienen tal consideración (Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 y sentencias del TJUE sobre su interpretación y aplicación; Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores Generales de la Contratación; Ley de 23 de marzo de 1995 del Crédito al Consumo).

TERCERO.- Divergencia de la doctrina sentada por las Audiencias Provinciales

Con antecedentes divergentes de la doctrina científica sobre la práctica bancaria que valoramos, nuestras Audiencias Provinciales se han pronunciado de modo diverso respecto de ella, en el sentido que pasamos a exponer, dominando la postura ecléctica.

Las que conceden validez y eficacia jurídica al pagaré en garantía de un contrato de préstamo acuden, como argumento principal, a la libertad de contratación unida a la legalidad del pagaré emitido de esa forma con amparo en la Ley Cambiaria y del Cheque. Argumentan: i) la liquidez " *ab initio*" en los contratos de préstamo a interés fijo que no precisan ulterior liquidación; ii) la posibilidad del consumidor de alegar que el pagaré no se ha cumplimentado conforme a lo pactado; iii) las excepciones que puede oponer el deudor al banco prestamista, tratándose de pagarés con la cláusula " *no a la orden*" ; iv) inexistencia de práctica abusiva por no quedar el deudor en peor situación o más desequilibrada que mediante la suscripción de una póliza intervenida por fedatario mercantil ni mermar las garantías del consumidor; v) posibilidad de que la aplicación directa de la Ley de Protección de los consumidores desplace la carga de la prueba al acreedor cambiario; vi) negociación individual en firma del pagaré. *SAP de Alicante (Sección 4ª) de 29 de noviembre de 2013; SAP de Barcelona (Sección 16ª) de 24 de octubre de 2013 ; SAP de Zaragoza (Sección 5ª) de 24 de septiembre de 2013* , entre otras.

Las que se la niegan argumentan: i) la unilateralidad, dejando al arbitrio de una de las partes acudir a un procedimiento privilegiado; ii) inflexión en la tendencia a la exigencia de una mayor claridad y transparencia en las reclamaciones de las entidades bancarias; iii) fraude de ley por pretender eludir las normas que regulan el juicio ejecutivo con fundamento en pólizas mercantiles, en cuanto a las garantías que en ellas se exigen en beneficio del deudor (intervención de fedatario mercantil en la perfección y en el procedimiento de liquidación); iv) inversión de la carga de la prueba y dificultad de la misma en cuanto se desconocen los elementos de hecho y el cálculo para la liquidación; v) se trata de una práctica contraria a la exigencia de la buena fe y justo equilibrio de las prestaciones; vi) ausencia de negociación, tratándose de una condición general en contrato de adhesión impuesta por la entidad bancaria al consumidor para obtener el préstamo personal pretendido, desplegando su eficacia la normativa de protección de los consumidores y usuarios; vii) redacción confusa y falta de información; viii) incompatibilidad del concepto de pagaré con su emisión en blanco o fijando el importe del principal, cuando la reclamación se encuentra condicionada a los avatares del contrato de préstamo. *SAP de Castellón (Sección 2ª) de 6 de noviembre de 2000; SAP de Baleares (Sección 5ª) de 14 de septiembre de 2012 ; SAP de Córdoba (Sección 3ª) de 28 de enero de 2013 ; SAP de Madrid (Sección 12ª) de 28 de noviembre de 2013* , entre otras.

Finalmente existen resoluciones que adoptan una postura ecléctica al afirmar que la validez o invalidez de tal práctica de acuerdo con el artículo

82 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre depende del caso concreto, de forma que sólo será inválida, y como consecuencia dará lugar a la nulidad del pagaré, cuando se pretenda mediante ella quebrantar las garantías que la ley proporciona al deudor y, más en concreto, en lo atinente a la determinación de la deuda; de manera que la práctica merecerá reproche cuando la entidad crediticia pretenda evitar el procedimiento de liquidación que impone hoy el artículo 572 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y no en otro caso. Consecuencia de lo anterior es la tesis de quienes conceden validez al pacto cuando se trata de pólizas de préstamo, por considerar que no precisan liquidación. Se dice que: en el caso del préstamo no se produce dicha liquidez inicial que requiere un procedimiento ulterior de liquidación intervenida por fedatario público y notificación al deudor, puesto que debemos partir de la base de que el préstamo es un contrato de naturaleza real, por cuanto conforme a los artículos 1.740 y 1.753 del

Código Civil y *312 del Código de Comercio* se perfecciona con la entrega de la cosa, de donde surge la obligación del prestatario de devolución de la misma cosa, lo que dota a este contrato de una liquidez inmediata, no sujeta a operaciones posteriores. Dicho de otro modo, si liquidez de una deuda es la determinación de su cuantía cierta, en un contrato de préstamo puede fijarse la cuantía de la deuda del préstamo por simples operaciones aritméticas, dada la fecha del impago de las amortizaciones y el montante del principal, el plazo y el tipo de interés o rédito *SAP de Córdoba (Sección 3ª) de 15 de abril de 2011*; *SAP de Santander (Sección 4ª) de 17 de mayo de 2013*, entre otras.

En línea con la postura ecléctica, combinando las singularidades del caso concreto con las distintas posibilidades de pólizas bancarias, existen sentencias que significan que la distinción entre las pólizas no debe hacerse en base a su nominalista diferenciación conceptual entre pólizas de préstamo y pólizas de crédito, sino que la distinción debe hacerse en orden al significado práctico y real de las pólizas en cuestión a la hora de determinarse el débito, esto es, el montante económico de la pretensión. Y desde este punto de vista pragmático, la distinción sería entre pólizas que expresan una cantidad líquida (linealmente determinada o determinable por medio de simples operaciones matemáticas), que serían las pólizas aludidas en el *núm. 1 del art. 572 de la LEC*., y entre pólizas en las que la determinación del débito exige la formulación de una compleja liquidación (sobre la base de los postulados de las denominadas matemáticas financieras), que serían las pólizas referidas en el *núm. 2 del citado art. 572. SAP de Córdoba (Sección 3ª) de 28 de enero de 2013*.

Es por ello que alguna sentencia recoge que, aun siendo fijo el interés, tiene que ser objeto de liquidación, hasta el punto de preverse cómo se trasladará la misma a la complementación del pagaré, emitido por el importe del principal objeto del contrato de préstamo.

La doctrina científica criticó en su día el que la mayoría de las sentencias que se dictaban apenas rozasen en su motivación la posible colisión de intereses que podía surgir entre los derechos de los consumidores y la práctica bancaria que enjuiciamos, sin detenerse a valorar si el mentado pacto vulneraba el principio de buena fe o producía un desequilibrio de las prestaciones en detrimento del consumidor, obviando el deber de transparencia de la entidad de crédito y los derechos de información y adecuada protección jurídica del consumidor.

En efecto, en opinión de la Sala, se puso el énfasis, fundamentalmente, en el pacto de liquidez y en la distinción entre pólizas de préstamo y de crédito, cuando lo cierto es que, al prescindir tal práctica de la intervención de fedatario público, se estaba propiciando la ausencia de controles administrativos y judiciales que se exigen por las leyes para la represión de las cláusulas y prácticas abusivas.

Es por ello que recientes sentencias (*SAP Castellón, Secc. 1ª, de 11 de febrero de 2013*) afirman que se va imponiendo "*...la tesis que considera abusiva y nula la cláusula en aplicación del artículo 10. bis 1 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios*", porque se utiliza un procedimiento de obtención de un título ejecutivo que permite burlar las exigencias y garantías para el deudor que para los contratos mercantiles, como es el que nos ocupa, que se encuentran previstas en la *Ley de Enjuiciamiento Civil* para el caso de que se pretenda dotarles de fuerza ejecutiva, ya que se elude la intervención de fedatario público en su perfección, obviando no sólo su actividad fedataria, sino también la referida al asesoramiento y control de legalidad, en especial la de velar por el cumplimiento de la normativa que ampara los derechos de los consumidores. Y además, se elude la formación del título ejecutivo mediante el modo natural previsto en la *Ley Procesal*, pactándose otro sistema para llegar a las mismas consecuencias con detrimento de los medios de información y defensa en el juicio ejecutivo por parte de los prestatarios, lo que implica un desequilibrio para éstos buscado precisamente para favorecer al banco que como se desprende de la propia cláusula adicional suscrita en el presente caso se pacta que el banco..." , afirmándose en la *sentencia núm. 433/2011 de 2 de diciembre de la Secc. 3ª de Castellón*, a la hora de analizar los perjuicios del consumidor prestatario, lo siguiente: "*Pero además podemos compartir que sea correcto que se fije como importe del pagaré el del principal, cuando después la cantidad que procede reclamar dependerá de los avatares del préstamo al que se vincula dicho pagaré respecto a las cuotas abonadas del mismo y a la aplicación de los intereses pactados, lo que es la liquidación de la deuda que es la cantidad que se reclama y por la que se pide que se despache ejecución, que desde luego no puede ser*

conocida en el momento de la suscripción del pagaré y por tanto no puede coincidir con el importe que en el mismo se refleja. Y tampoco podemos compartir que no exista perjuicio de los derechos de los consumidores porque tras la entrada en vigor de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, el artículo 572 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no exige que la liquidación se encuentre intervenida por Notario. Tal y como indica la parte apelante el préstamo mercantil que aquí se ha realizado no es un título ejecutivo de los comprendidos en el artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no estar firmada por corredor de comercio por lo que no resulta aplicable el contenido del artículo 572 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y esta es la razón por la que se articula la vinculación del préstamo con la del pagaré que se suscribe porque éste sí que es un título que tiene aparejada ejecución, y lo que se pretende con ello es evitar la intervención del corredor de comercio y desde luego no podemos entender que esto se haga con el único propósito de ahorrar al deudor el coste que supone la intervención de la póliza de préstamo por fedatario público, ya que lo que se consigue con ello por el contrario, tal y como decíamos en la Sentencia que hemos transcrito en un principio, es obviar esa intervención no solo en su actividad fedataria, sino también la referida al asesoramiento y control de la legalidad. Es por el contrario la entidad bancaria la que resulta beneficiada con ese proceder porque, como concluye el Juez de instancia, consigue acudir a un procedimiento cambiario con limitación de las causas de oposición y además liquidando unilateralmente la cantidad debida. Pero es que además el contenido de la cláusula del contrato que introduce la emisión del pagaré no puede ser más confuso para el consumidor cuando dispone que "En interés de la parte prestataria y con la conformidad de "La Caixa" se conviene la incorporación de las obligaciones de devolución del capital y pago de intereses que, para la parte prestataria y los fiadores, se derivan de este contrato a un pagaré emitido por la parte prestataria con el aval de los fiadores de este préstamo". Cuál es ese interés de la parte prestataria desde luego no se dice, ni se le informa de las consecuencias que la emisión del pagaré puede tener para la posterior reclamación de la cantidad concedida en concepto de préstamo si no fuera abonado a su vencimiento. Consideramos por ello correcto lo que se dice en la Sentencia de instancia cuando con cita del artículo 8 del Real Decreto Ley 1/2.007 y se recuerda que es uno de los derechos reconocidos al consumidor el de recibir información correcta sobre los diferentes bienes y servicios, con prohibición, de acuerdo al artículo 18, de inducir a error al consumidor en la comercialización de bienes o servicios, la prohibición de establecer cláusulas abusivas en el concepto establecido en esa Ley, de acuerdo al contenido de los artículos 80 y 82, al tratarse de una cláusula no negociada individualmente, y en atención a la buena fe y junto al equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes que aquí no concurre. Ha sido correcta la declaración de dicha cláusula como nula de pleno derecho al entender según el artículo 83.1, y de declarar por ello también la nulidad del pagaré. "

CUARTO.- Doctrina de la Sala

Antes de concretar motivadamente las razones de la Sala para calificar de abusiva la citada condición general de la póliza de préstamo, según interesa la parte recurrente en el motivo que formula en interés casacional, conviene hacer una consideración previa.

El ordenamiento jurídico ha tratado siempre con cautela el empleo de efectos cambiarios en los que resulten obligados los consumidores, debido a que se trata de títulos caracterizados por su excepcional agresividad y eficacia (STS núm. 341/2011, de 6 de junio), que gozan de un tratamiento privilegiado (STS núm. 724/2012 de 5 de diciembre , y 737/2012, de 10 de diciembre).

La propia exposición de motivos de la Ley Cambiaria y del Cheque reconocía la necesidad de dar un tratamiento legal complementario y específico a las letras emitidas por los consumidores y usuarios, cautela esta que ha tenido lugar solo en campos muy específicos, como es el supuesto de los contratos vinculados en el crédito al consumo (artículo 24, en relación con el 29, de la Ley 16/2011, de 24 de junio , de contratos de crédito al consumo).

Tales cautelas deben ser mayores cuando se trata de un efecto cambiario emitido no para el pago regular de la obligación contraída por el consumidor, sino como garantía que el acreedor puede ejecutar si considera que el deudor ha incumplido aquella, completando el efecto cambiario con el importe al que, según su liquidación de la operación, asciende la deuda del consumidor, y promoviendo un juicio cambiario contra el mismo. Incluso existen legislaciones del espacio

europeo, como es el caso del Reino Unido, que en el *art. 123.3 de la Ley de Crédito al Consumo* prohíben el libramiento de este tipo de efectos cambiarios.

Al hilo de lo anterior, cabe decir que lo que se plantea por los recurrentes no es la ilicitud, en abstracto, de este tipo de efectos cambiarios, sino de aquellos emitidos con base en una condición general de un préstamo concertado con un consumidor. En concreto alegan que tal condición general es nula por abusiva, puesto que se trata de una cláusula aceptada en el ámbito de un contrato de adhesión, no negociada individualmente, consistente en el libramiento de un pagaré en garantía del pago del préstamo, que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato (*art. 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* , vigente a la fecha de conclusión del contrato). Tal nulidad determinaría por su carácter de negocio vinculado, en contra de lo que vienen a sentar las sentencias de ambas instancias, la del pagaré emitido con base en la condición general abusiva, en virtud de lo que se ha venido en llamar la extensión o propagación de la nulidad de un negocio jurídico a otro con el que se halla vinculado cuando existe una vinculación funcional entre uno y otro, habiendo sido admitido así por la jurisprudencia (*SSTS, núm. 834/2009, de 22 de diciembre* , y *375/2010, de 17 de junio*).

Una vez expuesta la anterior consideración, la Sala entiende que la citada condición general es abusiva, y por tanto nula, por las siguientes razones:

1ª) Teniendo en cuenta que el contrato de préstamo se ha celebrado en documento privado, no constituyendo un título ejecutivo del *art. 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* por ausencia de intervención de fedatario público, se otorga a la entidad bancaria una mejora sustancial de su posición jurídica frente al consumidor, pues se le permite el acceso a un proceso privilegiado para el cobro de su crédito (embargo cautelar sin necesidad de prestar caución ni de acreditar el "periculum in mora", que puede ser mantenido incluso tras la sentencia estimando la oposición, conforme al *art. 744 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*), sin que existan contrapartidas sustanciales para el consumidor. Mediante la emisión de este pagaré se eluden las garantías del cauce procesal previsto en la ley para que las acciones derivadas de contratos de préstamo accedan a una vía procesal privilegiada, cual es el proceso de ejecución fundado en título no judicial, en el que la conclusión del mismo y la liquidación es controlada por el fedatario público, debiendo presentar la entidad ejecutante, entre los documentos necesarios para despachar ejecución, "el documento o documentos en el que se exprese el saldo resultante de la liquidación efectuada por el acreedor, así como el extracto de las partidas de cargo y abono y las correspondientes a la liquidación de intereses que determinan el saldo concreto por el que se pide el despacho de ejecución" (*art. 573.1.1º de la Ley de enjuiciamiento Civil*).

2ª) En el presente caso es especialmente significativo que la cláusula 13ª del condicionado general del contrato de préstamo comience diciendo "*En interés de la parte prestataria y con la conformidad de la Caixa....*", como si fuese una concesión graciosa que se hace a la prestataria a instancia de ella, cuando la cláusula se encuentra predispuesta, como se colige de la referencia al aval de los fiadores, que no existen, sin que conste cuál sea ese interés como para renunciar a la intervención de fedatario público y emitir un pagaré en las condiciones que recoge la cláusula. El interés parece residenciarse en el abaratamiento de costes, pero tal ahorro arancelario en el fedatario público sería a base de sacrificar la función de información, asesoramiento previo, control de la legalidad, fehaciencia y seguridad jurídica, que son funciones que llevan a cabo los notarios, según el *art. 1 del Reglamento de la organización y régimen del Notariado - Decreto de 2 de junio de 1944* .-, información y asesoramiento previo que, en sede de condiciones generales de contratación, deben prestar a las partes contratantes, sobre todo a la adherente, según se recoge tanto en el *art. 23 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación* (Ley 7/1998, de 13 de abril) como en el *art. 81.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* , en el Texto Refundido aprobado por el *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que era el entonces vigente. A la luz de ello no se aprecia el justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes exigido por el art. 80.1.c)* del Texto Refundido antes calificado.

3ª) Con esta cláusula, pues, no sólo se eluden los controles administrativos y la necesaria información y transparencia a que se ha hecho mención, sino que se impide al tribunal el control de oficio de las cláusulas abusivas que pudiera contener el contrato de préstamo (por ejemplo,

vencimiento anticipado), al basarse la acción no en el contrato sino en el pagaré emitido en garantía del cumplimiento del contrato, y no facilitarse todos los elementos utilizados para su liquidación y concreción de la suma adeudada.

4^a) Aunque el pagaré es librado con la mención de un importe, el total del préstamo concedido, en la práctica opera como un pagaré en garantía librado en blanco puesto que en caso de que en un momento dado se produzca el impago del préstamo, u otra causa que permita al prestamista dar por vencido anticipadamente el préstamo, el tenedor del pagaré procederá a completarlo con el importe que resulte de la liquidación de la operación. En tales circunstancias, el demandado cambiario difícilmente podrá oponer la excepción de complementación abusiva del pagaré porque no sabrá en qué términos ha hecho la liquidación el acreedor (fecha de la liquidación, pagos parciales tomados en consideración). Por el contrato, si se hubiera utilizado la vía prevista en el ordenamiento procesal para la ejecución de estas pólizas, el acreedor habría aportado los documentos que reflejasen la operación de liquidación de la deuda, con indicación de los elementos de hecho y de cálculo utilizados, de modo que el deudor podría oponerse si considerase que los mismos son incorrectos (porque no se ha tomado en consideración alguno de los pagos realizados, porque los intereses no han sido calculados conforme a lo previsto en la póliza, etc.)

5^a) La cláusula que permite la utilización de este tipo de pagarés en las operaciones con consumidores opera una inversión de la carga de la prueba, pues es el demandado cambiario quien ha de oponer la excepción de complementación abusiva del importe del pagaré y probar lo hechos que la sustentan, lo que no se produce en el caso del proceso de ejecución basado en póliza de préstamo, como afirma la *STC 14/1992, de 10 de febrero*. Esta inversión de la carga de la prueba en contra del consumidor tiene la consideración de cláusula abusiva en los *arts. 82.4 y 88.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*.

6^a) En definitiva, la utilización de esta condición general permite al profesional el acceso a un proceso privilegiado que comienza con un embargo cautelar sin necesidad de oír al demandado y sin que tenga que prestar caución ni justificar el *periculum in mora*, con base en un contrato que requiere una previa liquidación para determinar la cantidad adeudada en un momento concreto, sin que el acreedor deba justificar los elementos de hecho y de cálculo utilizados para fijar la cantidad reclamada y sin que la corrección de la liquidación haya sido controlada por un fedatario público. Por tanto se impide que el demandado tenga los elementos de hecho y de cálculo que le permitan enjuiciar la corrección de la cantidad que se le reclama y, en su caso, impugnarla, invirtiéndose además la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

Debe recordarse que el Tribunal Constitucional, en la *STC 14/1992, de 10 de febrero*, declaró que "*nada resulta más alejado del texto (1435.4LEC 1881) que el despacho automático del mandamiento de ejecución (y del consiguiente embargo) para hacer el pago de sumas determinadas unilateralmente por la entidad acreedora y huérfanas de toda explicación y justificación*". Y poco antes, la misma sentencia afirmaba que debían ponerse en conocimiento del juzgado "*los elementos de hecho y de cálculo imprescindibles para poder efectuar el examen inicial que exige el art. 1.440, control judicial que incluye el particular de la liquidez (art. 1467-2 in fine)*"

7^a) La objeción que expone la entidad recurrida, cuando alega que por tratarse de un contrato de préstamo no necesita liquidación para calcular la cantidad adeudada y que, por tanto, ninguna ventaja significativa se obtiene por la utilización del juicio cambiario respecto del proceso de ejecución de título no judicial, ya que se podría ejecutar la póliza de préstamo sin necesidad de observar lo previsto en el *art. 573 de la Ley de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, no es óbice a todo lo razonado hasta ahora. El contrato de préstamo en relación al cual se ha librado el pagaré prevé la devolución de lo prestado en 48 cuotas mensuales comprensivas de capital e intereses. Por tanto, la cantidad cuyo pago se reclama al prestatario, y que fue extendida por el prestamista como importe del pagaré, no se encuentra expresada, como tal, en el contrato. El *artículo 572 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* se encabeza con el epígrafe «Cantidad líquida. Ejecución por saldo de operaciones». Se observa una modificación significativa respecto del anteproyecto, en el que dicho epígrafe indicaba «Cantidad líquida. Ejecución por saldo de cuenta». El concepto de "saldo de operaciones" reviste mayor amplitud que el de "saldo de cuenta", concepto este que podía ceñirse a aquellas operaciones que exigían un verdadero cierre de cuentas u operaciones similares

y que permitirían excluir a los préstamos a interés fijo. Sin embargo, al aludir finalmente la Ley de Enjuiciamiento Civil a la ejecución del "saldo de operaciones", se está refiriendo a cualquier contrato en el que la determinación de su saldo exija de la realización de alguna operación, sin necesidad de que sea de elevada complejidad. El *apartado 1 del art. 572 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* se refiere exclusivamente a títulos en los que la cantidad consta de modo directo en el título, ya sea con letras, cifras o guarismos comprensibles («para el despacho de la ejecución se considerará líquida toda cantidad de dinero determinada, que se exprese en el título con letras, cifras o guarismos comprensibles»). La actual Ley de Enjuiciamiento Civil asimila el concepto de cantidad líquida al de cantidad de dinero determinada en el título, de forma que quedaría fuera de esta delimitación cualquier tipo de cantidad indeterminada o determinable por operaciones aritméticas, sean poco o muy dificultosas.

Frente a este despacho de ejecución de títulos que expresen una cantidad determinada, el *apartado 2 del art. 572 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* se refiere a supuestos en que es necesaria una liquidación para determinar la cantidad exigible, y por tanto (como sucede de ordinario en las pólizas de préstamo) se ha pactado que la cantidad objeto de la reclamación sea la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el título ejecutivo, sin que en ningún caso se refiera a que la liquidación sea simple o complicada. Se utiliza la expresión "saldo resultante de operaciones derivadas de contratos", que es mucho más amplio que "saldo resultante de apertura de cuenta", "crédito en cuenta corriente" o similar.

En este caso, el ejecutante deberá aportar también los documentos exigidos en el *art. 573 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*: el documento o documentos en que se exprese el saldo resultante de la liquidación efectuada por el acreedor, así como el extracto de las partidas de cargo y abono y las correspondientes a la aplicación de intereses que determinan el saldo concreto por el que se pide el despacho de la ejecución, el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo y por último, aquel que acredite haberse notificado al deudor y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible.

Ello permite que, como exigía la STC 14/1 992, de 10 de febrero, se justifique la liquidez de la cantidad reclamada mediante la aportación por la entidad bancaria de "los elementos de hecho y de cálculo imprescindibles para poder efectuar el examen inicial que exige el art. 1.440", así como la intervención del fedatario público de modo que suponga el efectivo "auxilio técnico" de que habla la sentencia del Tribunal Constitucional, elementos que permiten al juez realizar de un modo efectivo el control inicial respecto de la corrección de la cantidad exigida, calculada sin aplicar cláusulas abusivas (como puede ser la que fija el interés de demora), y que permiten al deudor oponerse si la liquidación de la cantidad que se le reclama ha sido, en su opinión, incorrecta.

Por otra parte, los préstamos con varias cuotas de amortización (que pueden ser constantes con inclusión de capital e intereses, de modo que la proporción de capital e intereses incluidos en la cuota va modificándose con el paso del tiempo, constantes en cuanto al capital amortizado y decrecientes en el importe de los intereses devengados, etc...) no pueden liquidarse mediante una simple operación aritmética, sino que son precisos ciertos conocimientos de matemática financiera. Asimismo, es necesario saber cuándo se ha practicado la liquidación para comprobar que la cantidad fijada como adeudada por principal, intereses ordinarios e intereses de demora, ha sido calculada correctamente conforme a las estipulaciones contractuales.

Además de lo expresado, la realidad práctica demuestra que los intitulados contratos de préstamo, cuando las cuotas de amortización del mismo se cargan en una cuenta bancaria, como es habitual en la práctica bancaria, pueden dar lugar a añadidas dificultades de liquidación, tanto por la posibilidad de que en dicha cuenta corriente ligada directamente al préstamo se realicen otras operaciones bancarias (domiciliación de recibos, cargos de tarjeta de crédito, de cajero automático, abono de nóminas, etc...) como por la variedad de incidencias que durante la vida del contrato pueden producirse (amortizaciones anticipadas parciales, pagos retrasados, compensaciones con otros activos, etc...).

Por eso, la realidad práctica muestra que en las pólizas de préstamo en las que se prevé su pago en cuotas periódicas se incluye el pacto de liquidez.

Consecuencia de lo anterior es que no quepa estimar que los préstamos de dinero a interés fijo necesariamente son líquidos "per se" y que, por tanto las pólizas que los documentan son ejecutivas sin necesidad de liquidación y sólo con la exigencia de intervención de fedatario público. Y ello porque cuando la cantidad debida y reclamada, no coincidente con el capital prestado, no se encuentre determinada expresamente en el título mediante "letras, cifras o guarismos" (art.572.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) sino que sea fruto de una determinación o liquidación, se estará dentro del ámbito de aplicación del art. 572.2 de la citada Ley y exigencias derivadas del mismo, liquidación a todas luces necesaria si es fruto de la aplicación por la entidad bancaria de la cláusula que le autoriza al vencimiento anticipado.

8ª) Lo expuesto no contradice la jurisprudencia de esta Sala en materia de tercerías de mejor derecho en la que se afirma que, tratándose de un préstamo, ha de estarse a la fecha de la póliza y, tratándose de un crédito, a la fecha de liquidación y determinación de la cantidad exigible, puesto que en el caso del contrato de préstamo la fecha del contrato determina por sí sola la existencia de una deuda, lo que no sucede en el caso del contrato de crédito, en el que el acreditado puede haber tardado en utilizar la disponibilidad de crédito obtenida, o incluso no haber llegado a hacer uso de la misma.

Por todo lo razonado hasta ahora se puede concluir que la condición general de los contratos de préstamo concertados con consumidores, en los que se prevé la firma por el prestatario (y en su caso el fiador) de un pagaré en el que el importe por el que se presentará la demanda de juicio cambiario es completado por el prestamista con base a la liquidación realizada unilateralmente por él, es abusiva y por tanto nula, pues permite al profesional eludir las garantías que la normativa procesal exige en títulos no judiciales para que la reclamación de las cantidades adeudadas por estas operaciones puedan tener acceso a un proceso privilegiado que se inicie con el embargo de los bienes del deudor.

Además dificulta la defensa de este al no facilitársele los elementos de hecho y de cálculo utilizados para fijar la cantidad reclamada. Supone una inversión de la carga de la prueba, de forma que será el deudor el que habrá de acreditar la incorrección de la liquidación efectuada por el prestamista, a la par que se le priva del asesoramiento previo a la conclusión del contrato y del control judicial sobre las cláusulas abusivas que puedan existir en el mismo.

Consecuencia de ello es que la nulidad de esta condición general se extiende a la declaración cambiaria del firmante del pagaré.

QUINTO.

En función de lo razonado procede la estimación del recurso de casación y, asumiendo la instancia acordamos la desestimación de la demanda de juicio cambiario. Se fija como doctrina jurisprudencial la siguiente: La condición general de los contratos de préstamo concertados con consumidores, en la que se prevea la firma por el prestatario (y en su caso por fiador) de un pagaré, en garantía de aquel, en el que el importe por el que se presentará la demanda de juicio cambiario es complementado por el prestamista con base a la liquidación realizada unilateralmente por él, es abusiva y, por tanto, nula, no pudiendo ser tenida por incorporada al contrato de préstamo, y, por ende, conlleva la ineficacia de la declaración cambiaria.

En cuanto a las costas no se hace especial imposición de las causadas en ninguna de las instancias ni de las originadas por el recurso formulado ante esta Sala, en correcta aplicación del art. 398, en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y que tiene justificación respecto de la no imposición de las caudadas en la primera Instancia en las evidente divergencias existentes al respecto.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

1.- Estimamos el recurso formulado por la representación legal de don Juan Francisco y doña Joaquina, contra la *sentencia núm 422/2012, dictada el veintiocho de noviembre de dos mil*

doce, por la sección novena de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación núm. 624/2012, dimanante de las actuaciones de juicio cambiario núm. 504/2011, seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Paterna (Valencia).

2.- Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

3.- En su lugar, estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Juan Francisco y doña Joaquina contra la mencionada sentencia que dejamos sin efecto. En su lugar desestimamos la demanda formulada por la representación procesal de Caixabank, SA.

4.- Se fija como doctrina jurisprudencial la siguiente: la condición general de los contratos de préstamo concertados por los consumidores, en la que se prevea la firma por el prestatario (y en su caso por el fiador), de un pagaré en garantía de aquel, en el que el importe por la que se presentará la demanda de juicio cambiario es complementado por el prestamista con base en la liquidación realizada unilateralmente por él, es abusiva y, por tanto, nula, no pudiendo ser tenida por incorporada al contrato de préstamo, y, por ende, conlleva la ineficacia de la declaración cambiaria.

5.- No se hace especial imposición de las costas causadas en ninguna de las instancias, ni de las originadas por el recurso formulado ante esta Sala.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia de instancia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Francisco Marín Castán

José Ramón Ferrándiz Gabriel

José Antonio Seijas Quintana

Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas

Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno

Rafael Sarazá Jimena Eduardo Baena Ruiz

Xavier O' Callaghan Muñoz

José Luis Calvo Cabello

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Voto particular

FECHA: 12/9/2014

Establecen las normas de los *apartados 1 de los artículos 260 de la Ley 6/1.985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, y *205 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, que quien tome parte en la votación de una sentencia o auto definitivo firmará lo acordado, aunque hubiere disentido de la mayoría. Pero, también, que podrá, anunciándolo en el momento de la votación o en el de la firma, emitir voto particular, en forma de sentencia, en la que podrán aceptarse, por remisión, los puntos de hecho y fundamentos de derecho de la dictada por el

Tribunal con los que estuviere conforme.

Habiéndolo anunciado en momento procesalmente oportuno, por disentir del fallo contenido en la sentencia 466/2014, de 8 de septiembre - recurso de casación número 1460/2013 - y de buena parte de la fundamentación jurídica que le da soporte, el Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo Excmo. Señor don José Ramón Ferrándiz Gabriel formula el siguiente **VOTO PARTICULAR**.

PRIMERO. Identificación de la cuestión decidida en la sentencia 466/2014.

La sentencia 466/2014 ha estimado el recurso de casación interpuesto, en un juicio cambiario, por los deudores, contra la sentencia que había desestimado la apelación de los mismos y, con ella, la oposición que, en su día, formularon.

La sentencia 466/2014 ha declarado abusiva - según entiendo, a la luz del *artículo 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias* - una cláusula, contenida en un contrato de préstamo, en la que se contemplaba la incorporación de la deuda de los prestatarios a un pagaré, librado por ellos con la indicación de que era no a la orden, así como de la cantidad debida como principal y del tanto por ciento de determinación de los intereses ordinarios y de demora pactados con la prestamista.

Como se dirá seguidamente el pagaré reunía todas las menciones exigidas en el *artículo 94 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaria y del cheque*, de modo que no era un pagaré en blanco.

SEGUNDO. Exposición de la discrepancia.

1.- Mi discrepancia es con la decisión adoptada por la mayoría. También, en buena medida, con los argumentos que le sirven de fundamento y, en consecuencia, con la doctrina que se fija en el fallo de la sentencia 466/2014 como jurisprudencia.

Antes de exponerla debo precisar que, de los diversos motivos por los que se interpuso el recurso de casación, en la sentencia 466/2014 sólo se ha dado respuesta a uno, sin entrar, por innecesario, en el examen de los demás.

De ahí que, siguiendo el mismo método, argumente la discrepancia respecto de lo que constituye "*ratio*" de la sentencia 466/2014 y que me limite a afirmar que los demás motivos - ninguno redactado con la deseable precisión - deberían también haber sido desestimados.

2.- Creo innecesario destacar que lo que seguidamente expongo no puede significar detrimento del respeto que me merecen los miembros de la Sala Primera del Tribunal Supremo que votaron a favor de la sentencia 466/2014.

Lo cual no puede impedirme que cumpla, de la mejor manera que sepa, con el deber de aclarar mi postura.

3.- Efectuada esta introducción, entiendo que la sentencia 466/2014 es ambigua, jurídicamente errónea, inadecuada desde un punto de vista económico e, incluso, excesivamente ambiciosa.

A.- La Sentencia 466/2014 utiliza términos que pueden llevar a la confusión y con los que, por ello, no estoy de acuerdo.

1.- Se afirma en los fundamentos de derecho y en el fallo de la sentencia 466/2014 que el pagaré firmado por los prestatarios recurrentes cumplía funciones de garantía, lo que se destaca como causa de la necesidad de emplear las "*mayores cautelas*" en el tratamiento del problema, en defensa de los consumidores.

En mi opinión sólo cabe hablar, en el caso, de función de garantía en un sentido vulgar,

dado que el litigioso pagará no cumplió otra - al margen de servir de medio de prueba de la deuda nacida del préstamo - que la de incorporar una promesa pura y simple de pago de una determinada cantidad a la entidad tomadora, por parte de los libradores, esto es, de los propios prestatarios deudores.

Por decirlo llanamente, el pagará en cuestión fue un medio de pago, bien que sometido al régimen del *artículo 1170 del Código Civil*.

La atribución al pagará de una función de garantía es, por tanto, equivocada y, normalmente, lo serán las consecuencias que se hubieran derivado de ello - las cuales, por otro lado, no soy capaz de identificar con precisión -.

2.- Se afirma en los fundamentos y en el fallo de la sentencia 466/2014 que el pagará fue complementado por la prestamista "*con base en la liquidación realizada unilateralmente*".

Tal afirmación, en la medida en que puede llevar a pensar que hubo un completamiento abusivo - anomalía tratada en los *artículos 96 y 12 de la Ley 19/1985* -, debía haber sido precisada, cuando no suprimida, dado que el pagará firmado por los recurrentes reunía todos los requisitos exigidos en el *artículo 94 - en relación con el 95 - de la misma Ley*, incluida la cantidad por el importe prestado.

En conclusión, nada había que completar en él para que constituyera un título valor, además, apto para abrir el juicio ejecutivo - en los términos previstos en el *artículo 819 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* -.

Lo que sucedió, y ello puede explicar la utilización del término, es que la prestamista y tomadora del pagará - no a la orden - añadió a él con posterioridad la cantidad que los prestatarios y libradores debían, al haberse producido pagos parciales -.

Al hacerlo no hizo otra cosa que, sin alterar en lo esencial el régimen jurídico del título, dar efectividad a lo establecido en el último párrafo del *artículo 45 de la Ley 19/1985* - "*en el caso de pago parcial, el librado podrá exigir que este pago se haga constar en la letra y que se le de recibo del mismo*" -, aplicable al pagará, con las lógicas adaptaciones, por lo dispuesto en el *artículo 96 de la misma Ley*.

3.- En varios de los fundamentos de derecho de la sentencia 466/2014 se da por sentado que la deuda de los prestatarios debía haber sido liquidada y, además, con ciertas garantías que resultaron omitidas, dado que la liquidación la llevó a cabo unilateralmente la prestamista.

Tales afirmaciones son simplemente erróneas, desde el momento en que la deuda de los prestatarios estaba ya inicialmente determinada: fue la misma suma que recibieron en préstamo, es decir, la que aparecía indicada en el apartado correspondiente del pagará.

La afirmación de que "*los préstamos con varias cuotas de amortización [...] no pueden liquidarse mediante una simple operación aritmética, sino que son precisos ciertos conocimientos de matemática financiera*", como argumento para explicar la estimación del recurso, me parece, en último caso, exagerada.

Entiendo, por el contrario, que la deuda era líquida según la jurisprudencia y que esa condición no la perdió por los pagos parciales efectuados por los prestatarios ni por la existencia de un pacto de intereses, ya que éstos eran susceptibles de ser calculados por una simple operación aritmética o, si se quiere, de matemática financiera.

En todo caso, en la demanda se especificaron suficientemente las cantidades recibidas como parte del principal, con lo que quedaron fijados inicialmente los términos del debate. Y, sobre todo, tenían a su alcance los deudores los medios procesales de defensa adecuados para hacer efectivo un control procesal de la cuantía de la deuda.

B.- La sentencia 466/2014 aplica incorrectamente el artículo 82, apartado 1, del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el

texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias.

La sentencia 466/2014 debería haber sido más rotunda al respecto, pero entiendo que la norma por la que en ella se declara abusiva la cláusula litigiosa es sólo una de las mencionadas por los recurrentes. En concreto, la del apartado 1 del artículo 82 del mencionado Real Decreto Legislativo, a cuyo tenor " *se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*".

Ello aclarado, se afirma en la sentencia, como núcleo de su argumentación sobre la cuestión litigiosa, que " *teniendo en cuenta que el contrato de préstamo se ha celebrado en documento privado, no constituyendo un título ejecutivo del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por ausencia de intervención de fedatario público, se otorga a la entidad bancaria una mejora sustancial de su posición jurídica frente al consumidor, pues se le permite el acceso a un proceso privilegiado para el cobro de su crédito (embargo cautelar sin necesidad de prestar caución ni de acreditar el «periculum in mora» que puede ser mantenido incluso tras la sentencia estimando la oposición conforme al artículo 744 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) sin que existan contrapartidas sustanciales para el consumidor. Mediante la emisión del pagaré se eluden las garantías del cauce procesal previsto en la Ley para que las acciones derivadas de contratos de préstamo accedan a una vía procesal privilegiada, cual es el proceso de ejecución fundado en título no judicial, en el que la conclusión del mismo y la liquidación es controlada por fedatario público*".

Tras la lectura de la transcrita parte del fundamento de derecho cuarto de la sentencia 466/2014, es lógico entender que dos han sido las razones por las que en ella se ha decidido que la cláusula de libramiento del pagaré produce un desequilibrio en perjuicio de los consumidores prestatarios. Realmente, entiende la mayoría que el pagaré permitía a la entidad prestamista (a) acceder a un proceso privilegiado y (b) evitar el control de un fedatario en la conclusión del contrato y la liquidación de la deuda.

Con ambas afirmaciones estoy en desacuerdo.

1.- Las palabras " *desequilibrio* " - utilizada por el legislador en el artículo 82, antes citado - y obtención de una mejora sustancial en la posición jurídica del acreedor, frente al consumidor, resultado de permitir al primero " *el acceso a un proceso privilegiado* " - tomadas casi literalmente de la sentencia 466/2014 -, representan valores relativos, en el sentido de que carecen de sentido si no van acompañadas de una referencia, la cual, en este caso, consiste en otro proceso.

Y ese otro proceso, cuya comparación con el cambiario - que fue el seguido por la prestamista tomadora contra los prestatarios libradores del pagaré - ha llevado a la mayoría a considerar que el utilizado fue privilegiado y determinó un desequilibrio a favor de la prestamista y tomadora del pagaré, no puede ser otro que aquel que hubiera sido el adecuado en el caso de que la póliza de préstamo hubiera estado intervenida por fedatario - que es lo que en la sentencia se echa en falta -: el proceso de ejecución al que se accedería por el tipo de título a que se refiere la *regla quinta del apartado 1 del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* - es decir, las pólizas de contratos mercantiles firmadas por las partes y por fedatario público que las intervenga, con tal que se acompañe certificación en la que el mismo acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y la fecha de éstos -.

Pues bien, decir que el juicio cambiario - que algunos, con la rotunda discrepancia de algún autor, siguen considerando declarativo especial - es un proceso privilegiado respecto del de ejecución, constituye otro error, que me parece resultado de no haber valorado que el despacho de ejecución también implica, como regla, el requerimiento de pago al deudor y el embargo de sus bienes - *artículo 551, apartado 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil* -.

Por otro lado, no creo necesario insistir en que, en ambos procesos, es al deudor al que le

corresponde oponerse, alegando los argumentos de defensa de su posición en cada caso admisible.

En definitiva, ningún privilegio procesal obtuvo la prestamista por ir a un juicio cambiario, en lugar de hacerlo a un proceso de ejecución - que, insisto, es al que hubiera podido acceder de estar intervenida por fedatario la póliza de préstamo -. La falta de fundamento de tal argumentación desplaza la posible justificación de la decisión sobre la utilizada en segundo lugar.

2.- Se afirma en la sentencia 466/2014 que la entidad prestamista, al convenir con los prestatarios el libramiento de un pagaré, evitó que la conclusión del préstamo y la liquidación de la deuda fuera controlada por un fedatario público.

Esta es otra conclusión que considero equivocada, con todo el respeto que me merece la labor de dicho tipo de profesional.

En primer término, porque la entrega del dinero por la prestamista a los prestatarios no ha sido negada por estos, en el "an" ni en el " quantum ", de modo que la ausencia de garantías por la falta de intervención ha resultado, desde tal punto de vista, irrelevante - demostración empírica de que no era necesaria -.

En segundo término, porque el fedatario, de haber intervenido, se habría limitado a librar un documento fehaciente que acreditara que la liquidación se había efectuado en la forma pactada por las partes, y (1º) ese pacto no existió en el caso y (2º) al ser la deuda líquida inicialmente, como se dijo antes, nada había que liquidar - entendido el verbo en sentido jurídico -.

Por último, debería haberse extendido el Tribunal sobre las garantías ofrecidas por la omitida intervención, tanto más en un sistema en que la falta de unidad de actuación no aparecía exigida en la normativa aplicable - Real Decreto 45/2007, de 19 de enero - hasta la *sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008*.

C.- Con esos antecedentes, es claro que la sentencia 466/2014 no protege a los consumidores.

Se reprocha a algunos juristas, especialmente desde sectores de la economía, que no valoren las consecuencias a medio y largo plazo de sus decisiones, concentrados como están en el caso singular.

1.- Esa objeción me lleva a destacar la nula relevancia que en la sentencia 466/2014 se ha atribuido al dato de los menores costes de la operación de préstamo en la que no interviene fedatario, claro está, cuando - como es el caso - no resulta preciso que lo haga.

Creo innecesario explicar por qué parte mi escueta argumentación de que quien usualmente paga el mayor coste resultante de tal intervención es el prestatario y no la entidad prestamista.

Es por ello que considero que esa circunstancia merecía, al menos, alguna mayor explicación de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Es más, entiendo que la doctrina sentada en la sentencia 466/2014 será bien recibida más que por los consumidores, por los profesionales concernidos.

2.- Tampoco consta que hayan sido valoradas en la sentencia otras consecuencias más allá de las particulares del caso.

En singular - por no extenderme más de lo procedente en aspectos complementarios -, entiendo que, con la doctrina sentada en la sentencia 466/2014, no queda clara la suerte de los préstamos que hubieran sido convenidos con consumidores y en los que, entre la entrega del dinero prestado y el libramiento del título valor, no hubiera mediado pacto documentado alguno.

D.- Por último la sentencia, como dije, me parece demasiado ambiciosa.

En el punto 4 de la parte dispositiva de la sentencia 466/2014 se declara que es doctrina jurisprudencial la siguiente: " *la condición general de los contratos de préstamo concertados con los consumidores, en la que se prevea la firma por el prestatario (y, en su caso, por el fiador) de un pagaré en garantía de aquel, en el que el importe por la que se presentará la demanda de juicio cambiario es complementado por el prestamista con base en la liquidación realizada unilateralmente por él, es abusiva y, por tanto, nula, no pudiendo ser tenida por incorporada al contrato de préstamo y, por ende, conlleva la ineficacia de la declaración cambiaria* ".

Pues bien, tal declaración - con la que he expresado mi discrepancia - ha sido desmentida en la sentencia 468/2014, de 11 de septiembre - recurso de casación 1438/2013 -, deliberada el mismo día que la 466/2014, y en la que se desestimó - con mi voto favorable - la oposición de un prestatario firmante de un pagaré, también causado por un préstamo, por considerarse que reunía las menciones exigidas en el artículo 94 de la Ley 19/1985.

Cierto que el recurso de casación al que dio respuesta la mencionada sentencia 468/2014 no se refería específicamente a la cuestión tratada en extenso en la sentencia 466/2014. Pero también lo es que la protección de los consumidores debía, también en ese caso, haber sido afrontada de oficio y ello convierte la circunstancia en poco trascendente, a los efectos de la congruencia, como precisó el Tribunal de Justicia (CE) en la sentencia de 14 de junio de 2012 - C-618/2010 (43) - " *el papel que el derecho de la Unión atribuye al juez nacional en la materia de que se trata [...] incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello* ".

Por esa contradicción, entiendo que el particular del fallo a que me refiero en este apartado es, cuanto menos, discutible.

Parte dispositiva.

Por las razones expuestas, considero que el recurso de casación interpuesto por don Juan Francisco y doña Joaquina, contra la *sentencia dictada el doce de septiembre de dos mil catorce, por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia*, debería haber sido desestimado.

José Ramón Ferrándiz Gabriel

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia y voto particular por el EXCMO. SR. D. **Eduardo Baena Ruiz**, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.