

## La emisión de un pagaré en blanco en garantía del cumplimiento de un contrato de préstamo mercantil

Agustin Canete Quesada

En el presente trabajo se pretende analizar la validez y eficacia jurídica de una práctica bancaria consistente en la exigencia del libramiento de un pagaré a la formalización de un contrato de préstamo, título-valor éste que se libra incompleto en cuanto a la cuantía del mismo por el prestatario y/o fiadores, entregándose a la entidad prestamista para que, en el supuesto que ésta decida dar por vencido anticipadamente el préstamo, rellene la casilla correspondiente al importe del pagaré en base al "pacto de complemento" que habilita tal proceder y viene establecida en cláusula inserta o anexa a la póliza de préstamo.

### II.- LA CLAUSULA DE HABILITACIÓN DEL LIBRAMIENTO Y COMPLEMENTO DEL PAGARÉ.

La cláusula inserta o anexa al contrato de préstamo puede tener distintas redacciones pero, tomando un ejemplo real, valga para el lector la siguiente:

"En este acto los prestatarios libra/n, a favor del Banco, un pagaré, en el que, a la fecha de su emisión, figura en blanco la cantidad del libramiento.

El pagaré es a la vista con un plazo máximo de presentación al pago de hasta seis meses después del plazo de duración del préstamo, domiciliado para su pago en la cuenta bancaria del prestatario/s, con intereses moratorios en caso de impago y, en su caso, avalado por los mismos fiadores que el préstamo.

Este pagaré se emite exclusivamente a efectos de servir de instrumento de ejecución al Banco para el supuesto de incumplimiento, por parte del prestatario/s, de las condiciones pactadas en la póliza referida.

En consecuencia, producido dicho incumplimiento, el Banco procederá a completar el pagaré, para su presentación al pago a su emisor, especificando la cantidad de la que resulte acreedor frente al prestatario/s como consecuencia del préstamo. Esta cantidad es la resultante de sumar los conceptos siguientes: a) cuotas de amortización impagadas comprensivas de capital y/o intereses, b) intereses moratorios de dichas cuotas, según el tipo de interés y forma de liquidación pactados en la póliza, c) capital pendiente de amortización, d) intereses correspondientes, devengados por dicho capital, desde la fecha de vencimiento de la última cuota impagada hasta la fecha de cierre y e) impuestos, comisiones y gastos aplicables al préstamo.

Para dicha complementación, el Banco efectuará la correspondiente liquidación de la deuda pendiente, derivado del préstamo incumplido. Esta liquidación se efectuará de conformidad con los pactos previamente convenidos al respecto entre las partes en el contrato de préstamo y, concretamente, de conformidad con las cuotas de amortización de principal y/o intereses pactados, intereses moratorios, comisiones y gastos establecidos así como formas y fechas de devengo y liquidación contractualmente pactadas.

A los efectos del procedimiento de ejecución del pagaré, se estará a lo previsto en el artículo 1.429-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y legislación concordante, sustituyendo esta mención a cualquier otra, incluso de preceptos legislativos, sobre procedimiento ejecutivo que aparezca en la póliza. En todo caso, el Banco podrá ejercitar la acción cambiaria derivada del pagaré o cualesquiera otras que corresponden a la póliza de préstamo, el cual no sufre novación alguna por la emisión del pagaré.

El pagaré queda en poder del Banco y una vez cancelado el préstamo quedará sin efecto y a disposición del librador. Se entrega al prestatario/s librador copia de dicho pagaré, junto con la póliza de préstamo incluida la presente cláusula adicional.

El citado pagaré y esta cláusula adicional se han formalizado de conformidad con los acuerdos entre las partes y teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 12 y 96 de la Ley 19/1985, Cambiaria y del Cheque."

### III.- LA OPINION DE SASTRE PAPIOL.

Muchos autores son los que atribuyen la introducción en España de este tipo de prácticas al Profesor D. Sebastián Sastre Papiol, afirmación que viene avalada por la publicación del trabajo doctrinal titulado: "Pagaré como instrumento de garantía de las operaciones de préstamo". 1 SASTRE PAPIOL, Profesor de Derecho Mercantil por la Universidad de Barcelona, resulta ser también letrado en ejercicio y dentro de esta segunda faceta personal conocida es su vinculación como director de la asesoría jurídica de la entidad "La Caixa". No trato de encasillar, ni que los demás prejuzguen por este último dato personal dado que tal circunstancia no deja de ser accidental, constituye mera anécdota del autor de la que en ningún modo se puede colegir la contaminación de su obra, por otro lado, digna de tener en consideración como lo acredita el hecho que a pesar de los años transcurridos sigue siendo citada por el resto de autores al tiempo que la práctica bancaria que abordaba ha llegado a ostentar unas cotas de asentamiento en cierto modo más que importantes.

Dicho autor, después de preconizar el renacimiento del pagaré tras la entrada en vigor de la Ley Cambiaria y del Cheque (Ley 19/1985, de 16 de julio), apela por una utilización de tal documento cambiario en orden a garantizar operaciones activas bancarias, es decir, aquellas mediante las cuales las entidades de crédito conceden a sus clientes sumas dinerarias o disponibilidad para obtenerlas con cargo a los capitales que han recibido de otros clientes o a sus propios recursos financieros.

La abstracción del título cambiario desvinculado de la relación causal subyacente, su indudable fuerza ejecutiva y la suavización del rigor formal originario 2 ayudaban a profundizar sobre tan apasionante idea a tenor de su innegable utilidad, dotándose a dicha figura cambiaria de nuevas expectativas y ensombreciendo la imagen anquilosada del

pagaré como promesa de pago realizada a modo de reconocimiento de deuda al servicio de la ejecución de un contrato de cambio trayecticio. Nace así, se dice, el pagaré cambiario como medio de financiación bancaria en la medida que este título cumple inmejorablemente una función de garantía del negocio jurídico subyacente que únicamente implica a dos partes y ello sin necesidad de tener que llamar a un tercero a una relación jurídica que le es ajena, como sin duda es el caso de la letra de cambio. Profundizar en tales utilidades acortaba el terreno que años atrás el pagaré había perdido en favor de la letra y que, como con cierto gracejo expone D. Eduardo GALVEZ DOMINGUEZ 3, siempre fue considerada la hermana guapa que le restaba protagonismo al primogénito.

SASTRE PAPIOL tomando buena nota de las conclusiones alcanzadas en unas determinadas Jornadas Jurídicas 4 y en una digna labor de ingeniería cambiaria lanzó al aire una hipótesis que conectaba la ejecución y garantía de las operaciones de activo bancarias con el derecho cambiario y que en, cierta forma, todo hay que decirlo, ponía en jaque la hegemonía de los Corredores de Comercio en la intervención de las pólizas mercantiles. Sin embargo su trabajo que sin duda podría ser mucho más ambicioso se centró, entiendo que conscientemente, en las relaciones que pudieran derivarse de un contrato de préstamo y la firma en garantía del mismo de un pagaré en blanco por parte del prestatario y/o fiadores; no sin ello adelantarse a los posibles problemas que tal operatoria podría suscitar, aconsejándose no en balde que los pagarés fueran emitidos "a la vista dentro de un plazo máximo" y librados bajo las cláusulas "no a la orden" y "con gastos" o, mejor aún, "bajo protesto notarial".

Para poder comprender la exposición de SASTRE PAPIOL hay que partir de la legislación anterior a la Ley Cambiaria que establecía respecto al pagaré el que éste, para poder considerarse cambiario y dotado de fuerza ejecutiva, debía responder en su constitución "a una operación de comercio" y además así había de reflejarse en el propio documento -causa indiscreta- (extintos arts. 532 y 531.7º CCom de 1885). Existía una vinculación de la naturaleza cambiaria del pagaré con la mercantilidad del contrato subyacente (e incluso el destino del crédito documentado) y, por lo tanto, si el pagaré era inseparable de su causa no podía hablarse de documento abstracto. Lo anterior suponía una barrera infranqueable para el tenedor del pagaré sobre el que pesaba la carga de tener que demostrar la mercantilidad del contrato subyacente so pena de ver fracasada su acción cambiaria. Con la Ley Cambiaria esta cortapisa desaparece entendiéndose el pagaré como una promesa pura y simple de pago desvinculada totalmente de la relación causal subyacente, es decir, el pagaré pasa a ser un documento apto para la circulación y tráfico mercantil, de naturaleza abstracta y eminentemente formal lo que suscita la idea de conferirle otro tipo de funciones distintas de las que originariamente ostentó y cuya evolución claudicó a favor de la letra de cambio. A mayor abundamiento el rigor formal se suaviza considerablemente, sin que ello implique desprenderse del mismo, cuando se admite por medio de una remisión expresa a la regulación de la letra de cambio (arts. 96 y 12 LCCh.) la validez de su firma y puesta en circulación "en blanco" lo que implicaba la posibilidad de configurarse tal título-valor no solo "en unidad de acto" sino también "de forma sucesiva en el tiempo".

Sobre las anteriores premisas, SASTRE PAPIOL plantea la posibilidad del uso del pagaré como medio idóneo para regular las relaciones crediticias derivadas de un contrato de préstamo, negocio jurídico éste que constituiría la causa de emisión del título cambiario,

entendiendo que la póliza donde se documente el préstamo ya no precisaba de la intervención del fedatario público mercantil y sin que ello hiciera perder fuerza ejecutiva al negocio jurídico subyacente. En definitiva, expresaba el autor, se trataba de reducir los trámites y costes que conllevaba la intervención del fedatario mercantil y procurar la agilización en la prestación del servicio bancario en todas las zonas geográficas y, todo ello, sin pérdida de la fuerza ejecutiva. Para la consecución de tal fin, se acude a la difusa fórmula de la letra "en formación", cuya validez se admite de una manera expresa en nuestro derecho cambiario (art. 12 LCCh), haciendo propios los nimios postulados de la Convención de Ginebra sobre este particular extremo; siendo de destacar que la regulación de esta figura es harto defectuosa, a la par que escueta, habiendo dado lugar a multitud de teorías y doctrinas enfrentadas.

En definitiva se trataba de aprovechar la figura que ofrecía la letra "en blanco", utilizándose la remisión normativa del pagaré (art. 96 LCCh.), para suscribir una póliza de préstamo sin la intervención de fedatario público en la que no solo se autorice la facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo por parte del prestamista y el llamado "pacto de liquidez", sino que éste último se ejecute con todos los elementos que le son propios, mediante la simple complementación posterior de un pagaré que se emite incompleto en cuanto a su cuantía de forma simultánea al contrato de préstamo y a favor de la entidad bancaria, quedando ésta última como legítima tenedora del título cambiario en garantía de cumplimiento de la relación causal subyacente. De la anterior forma, la entidad bancaria, cuando entendiese que debía dar por vencido anticipadamente el préstamo, tan solo tendría que rellenar la casilla correspondiente al importe del pagaré para, a partir de tan trascendental momento, cumplir el pagaré con los requisitos formales exigidos por la ley cambiaria para poder ser objeto del proceso ejecutivo cambiario, hoy especial cambiario, en orden a hacer ejecutiva su reclamación dineraria. (arts. 94, 96, 49, 58, 59, 66 LCCh y arts. 819 y ss de la L.e.civ.).

Respecto al vencimiento del pagaré, después de barajarse distintas hipótesis, SASTRE PAPIOL se decanta por el complemento inicial del pagaré aconsejando utilizar para ello la fórmula "a la vista dentro del plazo máximo de ...." que viene autorizada en el propio artículo 39 de la LCCh.. De esta forma la entidad bancaria desde primera hora podría concretar un lapso temporal lo suficientemente amplio que puesto en relación con la duración del préstamo dotara de absoluta utilidad al pagaré emitido en garantía de tal operación de activo al poder ser ejecutado en cualquier momento dentro de dicho espacio temporal.

SASTRE PAPIOL era consciente que la idea pudiera ser controvertida y excusándose en los posibles recelos que el prestatario-firmante pudiera tener con respecto a este tipo de operatorias, cuando en realidad y a mi juicio lo anterior revela una duda razonable y oculta sobre la legitimidad de su propia tesis, aconsejaba que los pagarés fueran emitidos bajo las cláusulas "no a la orden" y "con gastos" o, mejor aún, "bajo protesto notarial"

Respecto a la cláusula "no a la orden" su significación era evidente dado que de emitirse el pagaré en blanco sin dicha cláusula el crédito cambiario podría circular sin ningún tipo de impedimento, provocando tal circunstancia la indefensión del prestatario-firmante que ninguna excepción personal derivada del préstamo podría oponer frente al tercero

cambiario salvo que demostrase, cuestión complicada y compleja, que en la adquisición del título por parte de dicho tercero hubiese existido mala fe o culpa grave (art. 12 LCCh.). Así pues, aunque dicha cláusula no garantizaba la no circulación del título cambiario (bien en blanco o ya una vez completado) y por lo tanto tampoco que éste no saliese del ámbito personal del tomador-prestamista, la transmisión que se pudiera realizar solo tendría el valor de una cesión ordinaria de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley Cambiaria y del Cheque.

Por otro lado, SASTRE PAPIOL tras constatar que el segundo escollo existente en la legislación anterior a la Ley Cambiaria relativo al reconocimiento judicial de firmas del pagaré había desaparecido, utiliza tal extremo y apela por la prescindibilidad de la intervención en los contratos de préstamo mercantil del fedatario público utilizando para ello el artificio que supone la emisión simultánea a la póliza de préstamo no intervenida de un pagaré en blanco por parte del prestatario sin que, por otra parte, se expone, tal circunstancia supusiese un riesgo excesivo para las entidades de crédito. Habrá que tener en cuenta que el pagaré emitido en blanco en garantía de una operación de préstamo, una vez completado por el Banco y dotado de todo su rigor formal, es directamente ejecutivo y si bien es cierto que como hoy ocurre con el artículo 823. 1 de la L.e.civ. (Ley 1/2000) el deudor-prestatario podía negar categóricamente la autenticidad de su firma o la falta absoluta de representación dentro de los tres días siguientes a la diligencia de embargo (- hoy se amplía el plazo a cinco días-) consiguiendo con ello el alzamiento de éste; tal circunstancia, realmente excepcional, expone el autor, podría ser salvada mediante la incorporación al proceso judicial del contrato de préstamo que constituye la causa de la emisión del pagaré y, además, tal alegación no estaba ni está exenta de la prestación de caución o garantía adecuada por parte del deudor cambiario si el juez lo considerara conveniente.

No obstante SASTRE PAPIOL, adelantándose a la anterior problemática, aconsejaba el libramiento del pagaré bajo la cláusula "con protesto notarial" dado que según el autor la práctica enseña (-desde su propia perspectiva personal, claro está-) que este tipo de oposiciones con respecto a la firma o la representación se realizan en el proceso judicial anhelado por un asesoramiento técnico que le es inherente pero que responde más a motivos formales que de fondo y es por ello que difícil parece que el deudor oponga estas concretas circunstancias al momento del protesto notarial. Sabido es que no alegada tal tacha al tiempo del protesto notarial no era factible ya oponerla en el proceso judicial, circunstancia ésta que se mantiene inalterada en el artículo 823.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente.

Ahora bien, la cláusula "con gastos" o "bajo protesto notarial", más que enfocada a impedir una defensa posterior del deudor cambiario con respecto a la legitimidad de la firma o representación (-cuestión que entiendo de menor calado-) es absolutamente relevante respecto a otro extremo del cual se hace eco SASTRE PAPIOL en su trabajo, aunque ello sea de manera no directa sino meramente referencial, y es el relativo a la oportunidad que al prestatario-firmante del pagaré se le ha de otorgar con respecto a la información sobre el complemento del pagaré con carácter previo al proceso judicial y a fin de evitar éste o, en su caso, preparar adecuadamente su defensa jurídica. En definitiva, y aunque no se diga expresamente, se trataba de subsanar la obligación de notificación del saldo deudor

establecida en el extinto artículo 1.435 in fine de la L.e.civ. de 1.881 mediante una cláusula cambiaria como es la que exija el protesto notarial del pagaré.

Por último, ahondaba igualmente el autor en la posibilidad de establecer en el pagaré emitido en blanco una "cláusula de intereses" apelando a la dicción del artículo 6 de la Ley Cambiaria (libertad para el establecimiento del tipo de interés). De esta forma podría establecerse en el pagaré una cláusula de interés moratorio, que vendría autorizada por "el pacto de complemento" inserto o anexo a la póliza de préstamo, y que sería aplicable no desde la emisión del pagaré sino desde la presentación al pago del mismo y hasta su completa satisfacción, interés éste que actuaría sobre el resultado cuántico del también llamado "pacto de liquidez" derivado del uso de la facultad bancaria de dar por vencido anticipadamente el contrato de préstamo. No obstante SASTRE PAPIOL advierte y entiende que dicha posibilidad podría chocar con lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley Cambiaria que establece el tipo de interés del pagaré en caso de ejecución fijándolo en el legal del dinero incrementado en dos puntos. No obstante, expresa el autor, esta cuestión sería de menor importancia puesto que tal circunstancia no sería capaz de invalidar el título cambiario, ni obstaría para su ejecución en cuanto a la cantidad consignada como principal.

En conclusión, la tesis de SASTRE PAPIOL fue indudablemente arriesgada en su tiempo, expuesta con una sencillez digna de elogio y su éxito a tenor de la norma de cobertura en la que se asienta (arts. 12 y 96 LCCh.) debo considerarlo casi absoluto si tenemos en cuenta que catorce años después, y una vez asentada tal práctica por distintas Cajas de Ahorro y algún que otro Banco (sobre todo en Cataluña), todavía se sigue discutiendo a nivel doctrinal y, sobre todo jurisprudencial, en torno a su validez y eficacia jurídica.

#### IV.- LA OPINION DE POLO SANCHEZ.

La inquietud que suscitó la creciente puesta en práctica por parte de diferentes Cajas de Ahorro de las ideas preconizadas por SASTRE PAPIOL conllevó que el propio Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio encargara la elaboración de un informe sobre la viabilidad jurídica de tales prácticas bancarias. Tal función recayó en una persona de la talla y prestigio profesional como la que representaba ya en aquella época el Catedrático de Derecho Mercantil y Abogado D. Eduardo Polo Sánchez.

POLO SANCHEZ aceptó tal encargo y lo llevó a efecto como se podía esperar de él, es decir, con maestría y brillantez. Su Informe Jurídico de 29 de junio de 1.992 fue publicado en una sectorial revista jurídica, todo ello, bajo el título "Eficacia jurídica de un contrato de préstamo a consumidores con la firma de un pagaré en blanco." 5.

POLO SANCHEZ hace una excelente exposición jurídica al tiempo que cumple con el concreto encargo profesional que se le realizaba por los propios Corredores de Comercio y así, fundamentalmente, abordaba la cuestión controvertida desde la perspectiva de los derechos y garantías de los consumidores llegando al convencimiento que la cláusula inserta a los contratos de préstamo al consumo que implica el libramiento y entrega simultánea por parte del prestatario de un pagaré en blanco a la entidad prestamista para su

posterior y unilateral complemento en garantía del negocio jurídico principal ha de reputarse nula de pleno derecho.

Siendo esquemático, dado que la extensión propia de este trabajo a ello obliga, POLO SANCHEZ concluye lo siguiente:

Desde la perspectiva meramente cambiaria nada hay que objetar al libramiento de un pagaré en blanco (arts. 12 y 96 LCCh.) como tampoco a la utilización de dicho título cambiario como instrumento de garantía y ello al amparo del principio de libertad contractual (art. 1.255 CC). No obstante, dada la existencia de límites a la autonomía de la voluntad, no cabe prejuzgar la licitud o ilicitud de la utilización del pagaré en el tráfico económico.

Los contratos de préstamo pueden ser negocios jurídicos suscritos con consumidores en la medida que éstos sean los destinatarios finales del crédito concedido, cuyo disfrute, lejos de integrarse en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros se destina a sus propias necesidades personales, familiares o domésticas. Este tipo de contratos entrañan un negocio concluido a través de condiciones generales predispuestas previa y unilateralmente por las entidades de crédito y exigidas al prestatario si quiere obtener el resultado pretendido, es decir, el crédito. Por lo tanto, en la medida que lo anterior es una realidad, resultan aplicables a dicha relación contractual los principios rectores e informadores de nuestro ordenamiento jurídico y que de forma genérica vienen establecidos en nuestra Carta Magna (art. 51 CE) y ello con independencia de la legislación específica establecida en defensa de los propios consumidores y usuarios (Ley 26/1984, de 19 de julio) lo que ya en sí supone poner coto a la propia autonomía de la voluntad de las partes.

Sobre la anterior base se considera que la cláusula contractual inserta a modo de condición general en los contratos de préstamo y que obliga al consumidor a entregar y librar a favor de la entidad de crédito un pagaré en blanco para que por medio de su complemento posterior pueda ésta servirse de una garantía adicional distinta a la que el propio contrato privado le proporciona, vulnera abiertamente los principios rectores y legislación especial establecida en protección de los consumidores debiendo reputarse la misma nula de pleno derecho por dicha causa y, por lo tanto, sin ninguna eficacia jurídica entre las partes contratantes lo que, en consecuencia, contaminara a las obligaciones cambiarias asumidas que refleja de una manera abstracta el pagaré con dicha finalidad emitido y al hipotético juicio ejecutivo que iniciado sobre tales premisas pudiera entablarse por la entidad prestamista tenedora del título generalmente emitido bajo la cláusula cambiaria "no a la orden"

Las razones por las cuales se considera nula de pleno derecho tal convención inserta en los contratos de préstamo son diversas y pasan por el análisis efectuado en un determinado momento temporal (año 1992) desde la perspectiva ofrecida por la Ley General para la Defensa de los Consumidores (Ley 26/1984, de 19 de julio) en su redacción anterior a la entrada en vigor de la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación (Ley 7/1998, de 13 de abril). Y así:

Dicha cláusula carece de los requisitos intrínsecos de licitud y eficacia exigidos a las condiciones generales de contratación y que pasan por "la existencia de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones." La ausencia de buena fe se infiere tanto del tenor objetivo de la cláusula que permite a la entidad de crédito fijar unilateralmente el importe del pagaré cuanto de la posición subjetiva del prestatario por lo general un hombre modesto que se relaciona en términos de debilidad frente a una gran empresa. La carencia del justo equilibrio de las contraprestaciones se manifiesta en la imposición al prestatario-consumidor de una nueva contraprestación, la suscripción en garantía de un pagaré en blanco, que viene a añadirse a las contraprestaciones propias del contrato de préstamo - devolución del capital y abono de intereses-, sin que se vea compensada tan gratuita concesión por contraprestación alguna que la equilibre por parte de la entidad de crédito.

La imposición de una firma en blanco constituye un supuesto de "cláusula abusiva" en la medida que perjudica de manera desproporcionada o no equitativa al prestatario-consumidor. Dicho perjuicio es tanto jurídico, económico y moral. Jurídico por cuanto su admisión supone la ausencia de comprobación de la deuda líquida exigible y por las menores garantías procesales que comporta el juicio ejecutivo cambiario frente al ordinario; económico puesto que el ejercicio de tal cláusula puede suponer el embargo directo de sus bienes y, por último, moral dado que la afectación directa de bienes origina descrédito en el orden familiar y social. Dicho perjuicio es desproporcionado dado que el mismo parte de un desconocimiento del ejercicio de la facultad de resolución del contrato y de la deuda por parte del prestatario, porque no existe comprobación alguna de que la cantidad reclamada coincide realmente con la cantidad debida y por el riesgo que supone el completamiento abusivo del pagaré en cuya virtud se exija una cantidad superior.

Dicho perjuicio, además, tampoco es equitativo porque destruye la equivalencia de las prestaciones del negocio jurídico sin ventaja alguna para el consumidor. El prestatario multiplica por dos sus obligaciones (la causal y la cambiaria), mientras que la entidad de crédito multiplica por tres sus derechos (el causal, el cambiario y el de dar por vencido el préstamo y determinar unilateralmente la deuda). Tales cláusulas deben ser consideradas "condiciones abusivas del crédito" que no es más que una manifestación sectorial de las cláusulas abusivas anteriormente aludidas.

Por último, la interposición por la entidad de crédito de la acción cambiaria derivada del pagaré conlleva de hecho "una inversión de la carga de la prueba" en perjuicio del consumidor; ya que no será el prestamista quién deba acreditar el importe y la legitimidad de la deuda sino que, muy al contrario, será el prestatario quién tenga que probar a ciegas el error, la arbitrariedad o el abuso.

En definitiva, POLO SANCHEZ, como sintetiza MOXICA ROMAN 6, considera que tal práctica bancaria supone privar al prestatario-consumidor de la figura del Corredor de Comercio a la hora de la firma de la póliza con exclusión de las garantías de asesoramiento, fehaciencia e incluso intervención posterior en la determinación cuántica de la suma adeudada; del mismo modo también se hurta al prestatario-consumidor de la notificación del saldo deudor previa a la ejecución de la póliza de préstamo lo que supone coartarle su posibilidad de conocimiento y sana reacción y, por último, la ejecución del pagaré por



medio del juicio ejecutivo cambiario supondrá la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

## V.- LA POSICION DOCTRINAL EN ESPAÑA.

En la medida que la práctica bancaria se fue asentando y provocando respuestas judiciales no uniformes, el debate doctrinal inicialmente suscitado adquirió fuerza e interés y con él lo que personalmente vengo a denominar una cuestión de límites o fronteras.

De un lado habría que ponderar el interés del Estado por mantener el principio de la libertad de pacto a toda costa y ello puesto en este caso en relación con una práctica bancaria que, aunque peculiar e incluso podríamos decir que forzada, no resulta expresamente prohibida por nuestro ordenamiento jurídico y que, a nivel meramente formal, es capaz de sustituir normas procesales vigentes que configuran un sistema u orden público establecido que atañe a la fuerza ejecutiva y ejecutividad de las pólizas bancarias. En cierta forma, admitir sin reparos este tipo de prácticas suponía predicar de las entidades de crédito una posición superior a la que de hecho ostentaban, lo que implicaba una confianza máxima por parte del Estado en su transparencia y claridad, dotándoles de unos privilegios que se han de considerar inocuos o de escaso riesgo para la ciudadanía, sirviendo los mismos de eficaz instrumento para luchar contra la morosidad.

Del otro lado de la balanza habría que calibrar hasta donde abarca el llamado orden público que la Constitución Española garantiza bajo la idea de protección a los consumidores (art. 51 CE) y en qué medida la esfera privada de la autonomía de la voluntad de las partes se ve afectada por dicho principio rector que inspira la política social y económica de un país, su ordenamiento jurídico y vincula a todos los poderes públicos. Habrá que considerar también que dicha idea genérica se veía cada vez más reforzada por una legislación especial que la acoge por encima de la Ley Cambiaria y del Cheque o del principio de libertad contractual, y ello es importante entenderlo de esta forma. Me estoy refiriendo en este segundo aspecto a la Ley General para la Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios, la Ley de Condiciones Generales de Contratación y, por último, a la Ley de Crédito al Consumo.

Afrontada la cuestión desde tales parámetros y aplicada la misma a la concreta polémica suscitada a consecuencia de los pagarés emitidos en blanco en garantía de un contrato de préstamo al consumo, la doctrina se ha decantado casi en su inmensa mayoría por la segunda de las opciones, avalando el interés predominante de la protección del consumidor frente al particular de las entidades de crédito y ello con independencia de la literalidad de la ley cambiaria y de los concretos pactos a los cuales hubieran llegado las partes de los cuales se dice que bien encubren un supuesto de fraude ley o implican una situación de abuso intolerable.

La Profesora y Abogada D<sup>a</sup>. Carmen GAY CANO afrontó el problema 7 llegando a las mismas conclusiones que POLO SANCHEZ había establecido con anterioridad, es decir, afirmando que en las operaciones de préstamo al consumo en las que se sustituya la

intervención del fedatario público por la emisión de un pagaré en blanco, tanto el pagaré como la cláusula del contrato de préstamo en la que consta son nulos de pleno derecho por vulnerar la legislación especial protectora de los consumidores. En consecuencia se deberá tener por no puesta la cláusula en cuestión y por no emitido el pagaré. No obstante, GAY CANO pone el acento en el riesgo que puede suponer la circulación del pagaré emitido en este tipo de contextos dado que la exigencia de la cláusula "no a la orden" no siempre viene clarificada en el pacto de complemento inserto en la póliza y los problemas que terceros adquirentes del título cambiario pudieran plantear al consumidor son mucho más graves y perniciosos que los ya descritos por la propia práctica bancaria en sí, al coartarle cualquier posibilidad de reacción dentro del juicio ejecutivo cambiario colocando al consumidor en una situación de patente indefensión. Destacar la referencia que dicha autora hace a la normativa comunitaria sobre crédito al consumo (Directiva del Consejo 87/102/CEE, modificada por la 90/88/CEE, 22 de febrero 1990) en aquella época no incorporada a nuestro ordenamiento jurídico y respecto de la cual concluye que prácticas bancarias como las analizadas no tendrían justificación en tales previsiones normativas.

Por su parte la Profesora D<sup>a</sup>. María del Mar ANDREU MARTÍ 8 hace una brillante exposición sobre la práctica bancaria comentada haciéndose eco de la proliferación de la misma en el tiempo y analizando pormenorizadamente la respuesta judicial obtenida a dicha época. Advierte la autora la existencia de dos tendencias: la primera, favorable a la práctica bancaria, se asentaría en el reconocimiento legal de la figura del pagaré en blanco y el principio de libertad contractual; la segunda, contraria a la práctica bancaria, tendría sus razonamientos en la ilicitud de la práctica por entrañar fraude de ley y en la vulneración de los derechos y garantías de los consumidores.

ANDREU MARTI se posiciona contraria a la práctica bancaria advirtiéndole una respuesta judicial dispar que genera gran inseguridad jurídica y abogando por ello a una reforma legal en la que para disipar posibles dudas se incluya expresamente entre las cláusulas abusivas citadas en las leyes de consumo la referente al libramiento del pagaré en blanco en garantía de créditos al consumo. Por último, en orden a la capacidad defensiva del cliente bancario frente a tal práctica, la autora hace una importante matización dependiendo de si la cualidad personal del prestatario que contrata en estas condiciones sea la propia de un consumidor o no lo sea. Siendo consumidor la autora no atisba demasiadas dificultades para declarar abusiva tal práctica bancaria en aplicación de la legislación de consumo y, no siéndolo, la cuestión se entiende más compleja dado que el afectado tendría que recurrir, no a una legislación especial concreta como la que constituye la relativa a los derechos y garantías de los consumidores, sino a instituciones tan genéricas e interpretables como la concerniente al llamado fraude de ley. Respecto al fraude de ley la autora hace un análisis acerca de la garantía que para el prestatario supone la intervención del Corredor de Comercio en las fases de formalización y liquidación de las pólizas de préstamo, así como también entiende que es necesaria la notificación previa del saldo deudor al ejecutado, aspectos éstos en los que resulta indudable que las interpretaciones jurisprudenciales existentes no eran ni siguen siendo pacíficas y, además, pueden resultar poco esclarecedoras y nada satisfactorias si en términos de seguridad jurídica nos posicionamos.

El problema ha sido estudiado también por miembros de la judicatura y así es de destacar las importantes y siempre bien recibidas conclusiones del magistrado-juez D. Rafael

SARAZÁ JIMENA realizadas en distintos trabajos doctrinales. 9. Dicho autor analiza el problema desde una óptica diferente al partir de la base que existen unas garantías básicas en el juicio ejecutivo basado en pólizas bancarias que determinan un sistema u orden público indisponible de protección para el deudor y que esta práctica bancaria articulada mediante el artificio de la emisión del pagaré en blanco trata de soslayar, lo que en sí, supondría un claro supuesto de fraude de ley. Se dice que esta práctica bancaria pretende eludir, sustrayéndose a su aplicación y contrariando su finalidad práctica las normas establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881 y las concordantes de otros cuerpos legales que regulaban el juicio ejecutivo en base a pólizas mercantiles, en cuanto a las garantías que en las mismas se contienen para el deudor. Ello necesariamente conllevaba remitirse a los artículos 1.429.6 y 1.435 de la L.E.Civ. en su redacción anterior y posterior a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal de 30 de abril de 1.992 (Ley 10/1992) así como a la importante Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 10 de febrero de 1.992. (STC 14/1992). Dicho autor echa en falta la intervención del Corredor de Comercio en las pólizas mercantiles, su implicación en la determinación de la deuda y el posterior control judicial efectuado al momento de apertura del proceso. Por otro lado, la innecesariedad de notificación del saldo deudor al ejecutado coloca a éste en una situación a la que debe enfrentarse a ciegas, invirtiéndose además las normas procesales que regulan la carga probatoria y pudiendo incluso perecer el hipotético y diabólico esfuerzo probatorio que pudiera llevarse a cabo por el ejecutado cambiario en el caso que el pagaré circule y éste sea adquirido, sin mala fe o culpa grave, por terceros ajenos a la relación causalsubyacente. Considera igualmente dicho autor, que la norma de cobertura en la que se asienta tal práctica bancaria y que es la propia ley cambiaria tampoco tiene por finalidad el establecimiento de un régimen legal sustitutorio al que ya existe establecido para dotar de fuerza ejecutiva y ejecutividad a las pólizas bancarias.

Respecto a este último extremo, que creo de suma importancia, SARAZÁ JIMENA expone que "... en el caso de pagarés en blanco emitidos en garantía de pólizas bancarias no estamos ante lo que podría considerarse el caso típico de pagaré en blanco, emitido de modo excepcional en una operación aislada, y en el que, como mal menor, y en garantía de terceros cambiarios de buena fe, haya de darse validez al título cambiario emitido en blanco. Por el contrario, nos encontramos ante un supuesto de emisión en masa de títulos valores en blanco, impuesta mediante condiciones generales predispuestas por las entidades bancarias a los clientes que quieran obtener crédito y obteniendo un acceso a la vía ejecutiva distinto del previsto como típico de estas operaciones, eludiendo las garantías que para el deudor se establecen en el juicio ejecutivo de los contratos bancarios...".

Con independencia del fraude de ley, SARAZÁ JIMENA entiende que en el supuesto de préstamos al consumo se produce además una vulneración de la ley especial protectora de los consumidores que debe llevar a declarar la nulidad de la condición general que estipula tal práctica dado que la misma vulnera las exigencias del principio de buena fe, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, rompe con el justo equilibrio de las prestaciones y supone un supuesto de inversión de carga probatoria en perjuicio del consumidor en ningún modo aceptable y en todo caso abusivo. Apelaba el autor por una prohibición clara y específica del uso del pagaré en las condiciones expuestas, reputando insuficiente el mero control judicial, acusándose también una cierta desidia administrativa en el control de las condiciones generales de contratación y dejando reseñados a tales efectos prohibitivos dos

datos que creo de extremado interés como son la previsión que en la Exposición de Motivos de la Ley Cambiaria (Ley 19/1985,16 de julio) se hace a la necesidad de abordar la elaboración de un texto legal complementario y específico que establezca las normas que hayan de regir para las letras emitidas en operaciones realizadas por los consumidores y usuarios; así como las recomendaciones que el art. 10 de la Directiva del Consejo 87/102/CEE, modificada por la 90/88/CEE, establecía a los Estados miembros respecto a la necesidad de regular una adecuada protección del consumidor en aquellos contratos de crédito en los que se permitiera a éstos pagar o establecer garantías mediante letras, pagarés o cheques.

Por su parte, el Magistrado D. Jorge RUBIERA ÁLVAREZ 10 comparte la opinión jurisprudencial consistente en encuadrar a esta práctica bancaria dentro de un supuesto de fraude de ley y tras hacer referencia de la misma y transcribir distintas resoluciones judiciales que la avalan, analiza en su obra las posibilidades que el juez ostenta para poder reaccionar de oficio frente a tal práctica de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Así pues, si en el juicio ejecutivo la entidad bancaria acompañara a su demanda, aparte del pagaré, copia del contrato de préstamo o crédito que originó el libramiento, no existiría mayor inconveniente en no acceder fundadamente al despacho de ejecución. No obstante, entiende el autor, que la cuestión se complicaría si la entidad bancaria no refiere en su escrito de demanda la previa existencia de un contrato de préstamo o crédito, limitándose a presentar el pagaré como título abstracto y exigiendo su pago en base a las normas de la Ley Cambiaria. En este caso, se afirma, el juez no podría denegar el despacho de ejecución, ni tan siquiera podría suspenderlo requiriendo a la parte para que aporte el contrato de préstamo subyacente en un determinado plazo, dado que la mala fe ni la eventual realización de un fraude de ley deben presumirse por los tribunales de justicia.

Opinaba RUBIERA ALVAREZ que debería por tanto despacharse la ejecución, esto es, requerir de pago al deudor procediendo a embargarle sus bienes para el caso de no satisfacer la deuda en el acto, pero sin que ello obste o impida que, llegado el momento de dictar sentencia, el juzgador pudiese acordar como diligencia para mejor proveer, y con el objeto de complementar una actividad probatoria poco convincente, que por parte de la entidad de crédito se presentase el contrato causal que originó el nacimiento del pagaré para de este modo poder valorar la existencia de un supuesto de fraude de ley lo que llevaría a declarar no haber lugar al dictado de la sentencia de remate. En cierta forma el autor, desde la perspectiva del juez imparcial, veía la problemática que le suscitaba la creencia interna de poder estar cometiéndose un fraude y las posibilidades de reacción jurídica que éste pudiera adoptar ante una pasividad, por otro lado habitual, de la parte ejecutada.

También el juez D. José Manuel RAPOSO FERNANDEZ 11 consideró que este tipo de prácticas bancarias eliminaban el molesto control del Corredor de Comercio a la hora de liquidar la deuda, al tiempo que ahorraba a la entidad bancaria el tener que dar explicaciones al deudor y/o fiadores ante la falta de exigencia de notificación previa del saldo deudor, todo ello, bajo vulneración del art. 1.435 de la Le.civ. de 1.881. Se entendía, igualmente, que tal práctica suponía la ruptura del equilibrio del contrato y la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del prestatario, límites éstos que la ley de defensa de los consumidores impone al principio de la autonomía de la voluntad y, por último, se opinaba

que a través de dicha práctica se daba al pagaré cambiario un uso que no estaba previsto en la ley cambiaria cuando reguló dicha figura jurídica. Tales argumentos llevaron al autor a pronunciarse en términos taxativos y enérgicos concluyendo que "se trata de una práctica repugnante que hiere el más elemental sentido de justicia y cuya única meta es el fraude de ley, argumentos sobrados para que todo juez de primera instancia al que se le presente uno de estos pagarés, tras indagar el contenido del contrato subyacente, deniegue el despacho de ejecución con fundamento en el artículo 1440 de la L.e.civ., convenientemente interpretado por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10/10/1992, en relación con el artículo 1.467.1º de la L.e.civ." Estimaba dicho autor que no se puede dudar que cualquier pagaré de esta naturaleza es nulo por ser nula también la estipulación del contrato de la que nace, convirtiéndose en un título ejecutivo viciado con idéntica nulidad.

Por su parte el Abogado D. Ricardo BALANSO ZAPATER dedicó también la atención al tema que nos ocupa 12 y, sin desconocer la existencia de una doctrina jurisprudencial partidaria de la admisión y validez de esta práctica, que dice incluso haber padecido cuando ostentaba labores jurisdiccionales en el juzgado de primera instancia e instrucción nº 3 de Gava, concluye y afirma el carácter abusivo de las cláusulas en virtud de las cuales se faculta a las entidades crediticias a completar el pagaré emitido en blanco por el prestatario al tiempo que establece que estamos ante un supuesto de fraude de ley; conllevando todo lo anterior la inexistencia de obligaciones cambiarias derivadas del pagaré emitido de esta forma y que habrá de reputarse nulo, sin que ello perjudique el crédito de la entidad financiera que podrá ejercer en la vía ordinaria frente al prestatario no pudiendo ser considerada tal circunstancia como inequitativa para la entidad de crédito que precisamente con su conducta, carente de buena fe, la motivó. Se apela igualmente a la legislación de consumo y, en definitiva, se vuelven a repetir los argumentos contrarios a dicha práctica que al parecer en Cataluña, a nivel de Audiencias Provinciales, aunque con excepciones, nunca han sido bien recibidos.

Con base en el comentario del Auto que fuera dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de León con fecha 7 de diciembre de 1994 -realmente fueron cuatro los autos que se dictaron en esa misma fecha sobre la misma materia- (LA LEY JURIS: 1081849/1994; LA LEY JURIS: 1081849/1994; LA LEY JURIS: 17895/1995; LA LEY JURIS: 1081844/1994) que supuso un cambio de parecer jurídico en dicho territorio y vinieron a confirmar la denegación del despacho de ejecución sustentado en pagaré de estas características; el Corredor de Comercio D. José Justo NAVARRO CHINCHILLA publicó su trabajo "Nulidad del pagaré utilizado para documentar deudas derivadas de un préstamo mercantil" 13. En dicho trabajo, al que expresamente aludía aceptando su postura el malogrado y también Corredor de Comercio D. José Ramón CANO RICO 14, se dictaminaba sobre la nulidad del pagaré emitido en estas circunstancias por: a) Hurtar al prestatario de las garantías que supone la intervención del Corredor de Comercio tanto en la conclusión de la póliza como en la determinación del saldo deudor, así como privarle de la preceptiva notificación previa al despacho de ejecución prevista en el art. 1.435 de la L.e.civ. b) Vulnerar la Ley de Protección de los Consumidores y Usuarios en cuanto tal cláusula atenta al principio de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones, al tiempo que supone para el prestatario una improcedente y abusiva inversión de las normas que rigen la carga de la prueba y c) Suponer tal práctica bancaria un supuesto de fraude de ley al eludirse normas procesales que regulan el juicio ejecutivo basado en pólizas mercantiles y

no ostentar el pagaré el fin abstracto de documentar deudas derivadas de los contratos celebrados entre el Banco y sus clientes.

En sentido contrario a los autores anteriormente citados el Abogado D. José MOXICA ROMAN, tanto en artículos doctrinales 15 como en monografías 16 considera que este tipo de prácticas bancarias no serían válidas y las reputa fraudulentas cuando estuviesen vinculadas a la ejecutividad de pólizas de crédito o de descuento mercantil no así, cuando su relación causal venga referida a una póliza de préstamo. En este caso entiende dicho autor que no existe obstáculo legal alguno para no dar validez o carta de naturaleza a dicha práctica bancaria dando para ello una serie de argumentos que pasan por entender que la intervención del fedatario en las pólizas mercantiles no supone una garantía para el deudor, que es innecesaria para la ejecutividad de las pólizas de préstamo la certificación del saldo deudor por parte del mismo (dado que dicho saldo ha de reputarse líquido per se), considerándose igualmente que la notificación de dicho saldo deudor con carácter previo a la apertura de la ejecución tampoco resulta preceptiva para la entidad de crédito, argumentos éstos, que le llevan a decantarse personalmente por la inexistencia de fraude de ley. A pesar de lo anterior, MOXICA ROMAN admite que la inversión de la carga de la prueba que se produce en el juicio cambiario sí puede ser un argumento atendible para decretar la nulidad de los pagarés emitidos en blanco en garantía de operaciones de préstamo pero, no obstante ello, no considera que haya que llegarse a tales extremos estableciendo que, en estos casos y una vez iniciado el juicio cambiario, el juzgador deberá ser flexible y de conformidad con lo dispuesto en el art. 3 del CC interpretar el condicionado general del contrato de préstamo en el sentido más beneficioso para el prestatario-consumidor, es decir, compeliendo a la entidad crediticia para que justifique la deuda que por medio del complemento del pagaré previamente ha verificado y que reclama en el proceso cambiario ya iniciado. A pesar de la estima que me merece el último autor reseñado, no puedo sino disentir en este caso de sus siempre bien fundamentados argumentos, sin dejar de reconocer que muchas de sus aseveraciones forman parte de una profusa corriente jurisprudencial que la avala y se inclina por la licitud de tal práctica bancaria.

## VI.- BREVES APUNTES DEL TRATAMIENTO DEL PROBLEMA POR LA JURISPRUDENCIA MENOR.

Si bien la doctrina se muestra más o menos pacífica en cuanto a la no admisión de la práctica bancaria analizada, no ocurre lo mismo en el ámbito de la llamada "jurisprudencia menor" donde las resoluciones emanadas de las distintas Audiencias Provinciales revelan la existencia de dos corrientes jurisprudenciales contradictorias e inconciliables. Dicha realidad judicial hunde al justiciable en términos de penumbra e inseguridad jurídica dado que dependiendo de la zona geográfica donde esté domiciliado y se demande al deudor cambiario la respuesta judicial puede variar considerablemente. Es más, incluso en un mismo territorio, se advierten que las posiciones defendidas por las distintas secciones de dicha Audiencia Provincial no son tampoco uniformes. Ejemplo de esto último, salvo que el letrado que suscribe este trabajo no haya observado una unificación de doctrina que pudiera desconocer y haberse llevado a efecto por las distintas secciones, lo observamos en

la Iltma. Audiencia Provincial de Córdoba [SSAP Córdoba -secc. 3ª- de fechas 15 de febrero del 2001 y 22 de septiembre del 2000 (LA LEY JURIS: 712284/2001 y LA LEY SUMMA 278660/2000) contrarias a tal práctica frente a las dictadas -secc. 1ª- con fechas 9 de junio del 2.004 (LA LEY JURIS: 1911122/2004) y -secc. 2ª- 24 de junio del 2003 (LA LEY SUMMA 1445774/2003) favorables a la misma].

Respecto a las entidades que siguen utilizando esta práctica habrá que reseñar a las Cajas de Ahorros Catalanas y el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) hecho éste que se deduce por el recalcitrante protagonismo que tales entidades ostentan en las resoluciones que conforman la jurisprudencia que emana de las distintas Audiencias Provinciales. Aunque en mucha menor medida, el Banco de Santander Central Hispano (BSCH) ha utilizado una práctica muy similar a la comentada si bien, en este caso, el pagaré emitido en garantía resulta totalmente completo al tiempo de su libramiento mediante la consignación del importe del nominal del préstamo suscrito en unidad de acto, quedando por tanto dicha entidad bancaria libre de ejecutar y con dicho tope cuantitativo el débito que a su juicio concurre al tiempo de interposición de la demanda de juicio cambiario. Aunque lo anterior no deja de ser una modalidad atenuada de la práctica bancaria analizada, lo cierto y verdad es que las razones en contra le son perfectamente aplicables.

Respecto a las citas jurisprudenciales, y por ser de interés para el profesional, un elevado número de resoluciones se inclinan por entender que esta práctica bancaria es ilícita reiterando, con una mayor o menor fuerza motivadora, los argumentos doctrinales reseñados en el capítulo anterior y en pro de dicha postura caben señalar las que a continuación se citan: Sentencias de 7 de noviembre del 2.003 (LA LEY SUMMA 1646394/2003), 26 de febrero del 2.001 (LA LEY SUMMA 764005/2001), 5 de febrero del 2001 (LA LEY SUMMA 725328/2001), 1 de marzo del 2.001 (LA LEY SUMMA 764014/2001 y 764015/2001) y 7 de marzo del 2.001 (LA LEY SUMMA 764019/2001) dictadas por la secc. 3ª de la Audiencia Provincial de Tarragona; Sentencias de 29 de Abril del 2.003 -secc. 18ª- (LA LEY SUMMA 1517241/2003) y de 19 de febrero del 2.002 -secc. 14ª- (LA LEY SUMMA 1187561/2002) dictadas por la Audiencia Provincial de Madrid; Sentencias de 21 de Abril del 2.003 -secc. 3ª- (LA LEY SUMMA 1548586/2003), 24 de Marzo de 1997 -secc. 2ª- (LA LEY SUMMA 1076466/1997) y 19 de Noviembre de 1.996 -secc. 2ª- (LA LEY SUMMA 2295/1997) dictadas por la Audiencia Provincial de Badajoz; Sentencia de 13 de Noviembre del 2.001 (LA LEY SUMMA 993899/2001) dictada por la secc. 7ª de la Audiencia Provincial de Alicante; Sentencias de 28 de Junio del 2001 -secc. 5ª- (LA LEY SUMMA 854355/2001), 7 de abril del 2000 -secc. 3ª- (LA LEY SUMMA 1672094/2000), 7 de diciembre del 2000 -secc. 3ª- (LA LEY SUMMA 688929/2000) y Auto de 19 de junio del 2.001 -secc. 5ª- (LA LEY SUMMA 1278134/20001) dictados por la Audiencia Provincial de Las Palmas; Sentencias de 4 de Mayo del 2.001 -secc. 9ª- (LA LEY SUMMA 787153/2001), 5 de marzo del 2.001 -secc. 6ª- (LA LEY SUMMA 735416/2001), 16 de diciembre de 1.999 -secc. 6ª- (LA LEY SUMMA 37908/1999) y 14 de julio de 1.999 -secc. 5ª- (LA LEY SUMMA 483923/1999) dictadas por la Audiencia Provincial de Valencia; Sentencia de 27 de Marzo del 2.001 (LA LEY SUMMA 732567/2001) dictada por la secc. 2ª de la Audiencia Provincial de Jaén; Sentencias de 15 de febrero del 2.001 (LA LEY SUMMA 712284/2001) y 22 de Septiembre del 2000 (LA LEY SUMMA 278660/2000) dictadas por la secc. 3ª de la Audiencia Provincial de Córdoba; Sentencias de 22 de Marzo del 2.001 -secc. 2ª- (LA LEY SUMA 775596/2001) y

6 de Noviembre del 2.000 -secc. 2ª- (LA LEY SUMMA 737543/2000), 29 de abril del 2.000 -secc. 1ª- (LA LEY SUMMA 687509/2000) y 28 de julio de 1999 -secc. 3ª- (LA LEY SUMMA 52933/1999) dictadas por la Audiencia Provincial de Castellón; Sentencia de 30 Octubre del 2000 (LA LEY SUMMA 352080/2000) dictada por la secc. 6ª de la Audiencia Provincial de Asturias; Sentencias de 1 de febrero del 2.000 (LA LEY SUMMA 86749/2000), 27 de marzo del 2000 (LA LEY SUMMA 128745/2000) y 5 de noviembre de 1.996 (LA LEY SUMMA 1125441/1996) dictadas por la secc. 2ª de la Audiencia Provincial de Murcia; Sentencias de 25 de Marzo del 2.000 -secc 3ª- (LA LEY SUMMA 127261/2000) y 17 de julio de 1.999 -secc. 1ª- (LA LEY SUMMA 12111/1999) dictadas por la Audiencia Provincial de Sta. Cruz de Tenerife; Auto de fecha 20 de febrero de 1996 -secc. 2ª- (LA LEY SUMMA 1059870/1996) dictado por la Audiencia Provincial de Cantabria; Sentencia de 9 de diciembre de 1994 -secc. 3ª- (LA LEY SUMMA 17851/1995) dictada por la Audiencia Provincial de Burgos; Sentencias de 7 de diciembre de 1.994 (LA LEY SUMMA 1081844/1994), 9 de diciembre de 1994 (LA LEY SUMMA 1081857/1994) y Autos de 7 de diciembre de 1994 (LA LEY JURIS: 1081849/1994; LA LEY JURIS: 1081849/1994; LA LEY JURIS: 17895/1995; LA LEY JURIS: 1081844/1994) dictados por la secc. 2ª de la Audiencia Provincial de León; entre otras muchas más.

Este grupo importante de resoluciones aboga por la ilicitud de tal práctica bancaria considerando que la misma revela un supuesto de fraude de ley en perjuicio de las garantías que el cliente bancario ostenta en orden a la ejecutividad de las pólizas bancarias y/o, en caso de concurrir la cualidad personal de consumidor en el prestatario y dado que los pagarés son emitidos al socaire de condiciones generales estampadas en los contratos de préstamo unilateralmente confeccionados por el acreedor, hará que pueda reputarse también el carácter abusivo de dichas cláusulas de conformidad con la legislación especial de consumo vigente.

Por otro lado, y en contraposición a la anterior corriente jurisprudencial, habrá que manifestar que un número no menos importante de resoluciones judiciales admiten sin embargo la validez de esta práctica bancaria y botón de muestra son las siguientes: Autos de fechas 7 de mayo del 2.004 -secc. 16ª- (LA LEY SUMMA 1732555/2004), 31 de marzo del 2.004 -secc. 17ª- (LA LEY SUMMA 1681696/2004) 18 de Diciembre del 2.003 -secc. 16ª- (LA LEY SUMMA 1534804/2003), 15 de mayo del 2001 -secc. 1ª- (LA LEY SUMMA 783371/2001), así como las Sentencias de fechas 29 de julio del 2002 -secc. 4ª- (LA LEY SUMMA 1291500/2002), 3 de octubre del 2002 -secc. 11ª- (LA LEY SUMMA 1302836/2002 ), 27 de Septiembre del 2002 -secc. 11ª- (LA LEY SUMMA 1302842/2002), 20 de marzo del 2.002 -secc. 13ª- (LA LEY SUMMA 1139145/2002), 28 de julio de 2004 -secc. 14ª- (LA LEY SUMMA 1857999/2004), 4 de Diciembre del 2000 -secc. 14ª- (LA LEY SUMMA 684747/2000), 21 de marzo del 2.002 -secc. 16ª- (LA LEY SUMMA 1162642/2002), 17 de julio del 2001 -secc. 16ª- (LA LEY SUMMA 912811/2001), 24 de Enero del 2001 -secc. 16ª- (LA LEY SUMMA 719689/2001), 24 de Diciembre del 2001 -secc. 17ª- (LA LEY SUMMA 1065932/2001 ), 15 junio del 2001 -secc. 17ª- (LA LEY SUMMA 912606/2001), 11 de junio del 2001 -secc. 17ª- (LA LEY SUMMA 912593/2001), 23 de febrero del 2001 -secc. 17ª- (LA LEY SUMMA 737976/2001), 26 enero del 2001 -secc. 17ª- (LA LEY SUMMA 724772/2001) y 17 de Enero del 2001 -secc. 17ª- (LA LEY SUMMA 724697/2001) dictadas por la Audiencia Provincial de Barcelona; Sentencias de fechas 18 de octubre del 2004 -secc. 2ª- (LA LEY SUMMA 1854544/2004),



22 de Septiembre del 2.003 -secc. 2ª- (LA LEY SUMMA 1510646/2003), 30 de junio del 2.003 -secc. 2ª- (LA LEY SUMMA 1464986/2003) y 20 de enero del 2.003 -secc. 1ª- (LA LEY SUMMA 1335499/2003) dictadas por la Audiencia Provincial de Girona; Sentencias de fechas 20 de Diciembre del 2004 -secc. 20ª- (LA LEY SUMMA 1907000/2004) y 25 de noviembre del 2.000 -secc. 11ª- (LA LEY SUMMA 442456/2000 ) dictadas por la Audiencia Provincial de Madrid; Sentencias de fechas 7 de junio del 2.004 -secc. 4ª- (LA LEY SUMMA 1842843/2004), 19 de Enero del 2.004 -secc. 4ª- (LA LEY SUMMA 1590582/2004), 17 de Marzo del 2.003 -secc. 4ª- (LA LEY SUMMA 1435147/2003), 12 de junio del 2.003 -secc. 4ª- (LA LEY SUMMA 1561245/2003) y 21 noviembre del 2.001 -secc. 3ª- (LA LEY SUMMA 980712/2001) dictadas por la Audiencia Provincial de Granada; Sentencias de fechas 24 de junio del 2.003 -secc. 2ª- (LA LEY SUMMA 1445774/2003) y -secc. 1ª- 9 de junio del 2.004 (LA LEY JURIS: 1911122/2004) dictadas por la Audiencia Provincial de Córdoba; Sentencia de fecha 17 de junio del 2003 -secc. 5ª- (LA LEY SUMMA 1587061/2003 ) y Auto de fecha 7 de marzo del 2.002 -secc. 4ª- (LA LEY SUMMA 1134742/2002) dictadas por la Audiencia Provincial de Las Islas Baleares; Sentencia de 5 de diciembre del 2.002 -secc. 4ª- (LA LEY SUMMA 1355862/2002) dictada por la Audiencia Provincial de Alicante; Sentencias de fechas 14 de noviembre del 2.002 -secc. 4ª- (LA LEY SUMMA 1416897/2002), 24 de Septiembre del 2.002 -secc. 4ª- (LA LEY SUMMA 1351000/2002) y 16 de mayo del 2.001 -secc. 6ª- (LA LEY SUMMA 808794/2001) dictadas por la Audiencia Provincial de Málaga; Sentencia de fecha 16 de octubre del 2.002 -secc. 2ª- (LA LEY SUMMA 1299831/2002) dictada por la Audiencia Provincial de Navarra; Sentencia de fecha 9 de octubre del 2.002 -secc. 1ª- (LA LEY SUMMA 1284898/2002) dictada por la Audiencia Provincial de Almería; Sentencias de fechas 24 de enero del 2.002 -secc. 7ª- (LA LEY SUMMA 1090059/2002), 27 de noviembre del 2.001 -secc. 8ª- (LA LEY SUMMA 1032990/2001) y 20 de diciembre del 2.000 -secc. 8ª- (LA LEY SUMMA 430598/2000) dictadas por la Audiencia Provincial de Valencia; Sentencias de fechas 25 de abril del 2.001 -secc. 2ª- (LA LEY SUMMA 810979/2001) y 19 de febrero del 2.001 -secc. 5ª- (LA LEY SUMMA 783411/2001) dictadas por la Audiencia Provincial de Sevilla, entre otras muchas.

Las anteriores resoluciones judiciales admiten la validez de la emisión del pagaré en blanco en garantía de cumplimiento de los contratos de préstamo bancarios en la medida que tal práctica encuentra asidero legal en los artículos 96 y 12 de la Ley Cambiaria y del Cheque, así como, fundamentalmente, en el artículo 1.255 del Código Civil y el principio de libertad contractual.

Se considera a este "modus operandi" como una alternativa legal lícita a las normas que regulan la ejecutividad de las pólizas mercantiles. Sobre esa órbita se entiende que no existe ni puede ser predicable fraude de ley habida cuenta que no se infringe ninguna norma legal de carácter imperativo.

Afirman tales resoluciones que la intervención del fedatario público en orden a dotar a la póliza de préstamo de la ejecutividad que le es propia es condición prescindible y sustituible por el libramiento del documento cambiario, dado que el contrato de préstamo sometido a interés fijo debe reputarse líquido "per se" y la hipotética deuda derivada del mismo siempre será líquida o determinable bajo sencillas operaciones aritméticas. Es por ello por lo que estas resoluciones consideran que el llamado "pacto de liquidez" inherente a

la facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo ninguna trascendencia puede tener en las operaciones activas bancarias de préstamo a interés fijo dado que, a la hora de la determinación del saldo deudor, nula implicación va a tener el fedatario público y, a mayor abundamiento, se dispone que tampoco resulta preceptiva la notificación previa del saldo deudor al prestatario y/o fiador. Se dice que dada la facilidad liquidatoria de este tipo de operaciones bancarias no se puede afirmar que se coloque al deudor en una situación desigual o de inferior posición jurídica dado que siempre estará a su disposición contrastar personalmente el saldo que se reclama por medio del complemento del pagaré.

Por lo que respecta a la posible colisión de intereses que pudiera existir entre tal práctica y los derechos de los consumidores la mayoría de las sentencias examinadas ni tan siquiera llegan a cuestionar tal confrontación bajo una motivación concienzuda y suficiente, y no quiero decir con ello que la eviten intencionadamente, es que simplemente se limitan a decir que tal pacto es lícito sin perjuicio de las excepciones que el consumidor pueda alegar dentro del ámbito del juicio cambiario si se infringiera el pacto de complemento inserto en la póliza de préstamo. Es decir, se eleva el principio de libertad contractual o de autonomía de la voluntad de las partes a términos absolutos e incondicionales. No se entra pues a valorar si dicho pacto vulnera el principio de buena fe o produce en detrimento del consumidor un desequilibrio en las prestaciones asumidas por las partes sin contraprestación alguna para el prestatario-consumidor; como tampoco se cuestiona, en sus estrictos términos, si la inversión de la carga de la prueba que esta práctica produce con la apertura del juicio cambiario por parte de la entidad prestamista, a diferencia de lo que ocurriría en una demanda de ejecución de título extrajudicial o en la propia de un proceso declarativo ordinario, puede ser factor suficiente o no para entender infringidas las normas que protegen a los consumidores.

En las escasas resoluciones que se afronta el tema desde la perspectiva de las condiciones generales de contratación es para negar tal carácter utilizándose argumentos que, dicho sea con los máximos respetos, poco o nada ayudan a la comprensión del concepto lo que obsta siquiera aplicar la normativa especial que le es inherente. (ej: son pactos habituales y usuales que benefician al consumidor dado que puede acceder de una manera más ágil al crédito bajo abaratamiento de costes; no es condición general de contratación puesto que la cláusula se pactó de forma anexa e independiente a la póliza o, en su caso, el prestatario podía haber acudido a otro banco o exigir otro medio de garantía diferente al que le fue ofrecido). El deber de transparencia de la entidad de crédito y los derechos de información y adecuada protección jurídica del consumidor ni tan siquiera se mencionan.

Tampoco nadie cae en la cuenta que con esta práctica bancaria, en la medida que se entiende prescindible la intervención del fedatario público y la presentación de la póliza de préstamo tampoco resulta preceptiva en el juicio especial cambiario, se están evitando maliciosamente los controles administrativos y judiciales que las leyes establecen para la represión de los clausulados abusivos y su especial inscripción en el Registro de Condiciones Generales de Contratación. Resulta curioso, sin embargo, que la Ley de Crédito al Consumo y en concreto el artículo 19 de la misma si hayan estado presentes en tales resoluciones judiciales aunque solo sea a los efectos de declarar el carácter abusivo de la cláusula de intereses moratorios inserta por norma en el pagaré, procediéndose a la moderación de los mismos, sin advertir que en la mayoría de las ocasiones el interés

moratorio pactado en el título cambiario es el mismo que el acordado en la póliza de préstamo al consumo lo que reporta un grave defecto en el complemento del pagaré en referencia a la cantidad que unilateralmente se reputó debida por la entidad bancaria y cuya certificación, explicación y notificación se entiende exenta de control alguno.

## VII.- EL PAGARÉ EMITIDO EN BLANCO.

La admisión de la figura del pagaré en blanco en nuestro ordenamiento jurídico viene siendo admitida sin mayor oposición por el juego remisivo contenido en los artículos 12 y 96 de la Ley Cambiaria y del Cheque. El concepto de título cambiario en blanco también es aplicable al cheque en virtud de lo dispuesto en el artículo 119 del LCCh que se pronuncia en iguales términos que el artículo 12 de la LCCh.

Así y en referencia a la letra de cambio el artículo 12 de la LCCh. dispone:

"Cuando una letra de cambio, incompleta en el momento de su emisión, se hubiese completado contrariamente a los acuerdos celebrados, el incumplimiento de estos acuerdos no podrá alegarse contra el tenedor, a menos que éste haya adquirido la letra de mala fe o con culpa grave."

Por su parte, el artículo 96 de la Ley Cambiaria dispone:

"Serán aplicables al pagaré, mientras ello no sea incompatible con la naturaleza de este título, las disposiciones relativas a la letra de cambio y referentes: ...

...Serán igualmente aplicables al pagaré las disposiciones relativas a la letra de cambio pagadera en el domicilio de un tercero o en localidad distinta a la del domicilio del librado (artículos 5 y 32); a la estipulación de intereses (artículo 6); a las diferencias de enunciación relativas a la cantidad pagadera (artículo 7); a las consecuencias de la firma puesta en las condiciones mencionadas en los artículos 8 y 9; a las de la firma de una persona que actúe sin poderes o rebasando sus poderes (artículo 10); a la letra de cambio en blanco (artículo 12) y a sus posibles suplementos (artículo 13) ...".

Es difícil establecer un concepto jurídico unívoco de "letra de cambio en blanco" dada la parquedad e insuficiencia normativa con la que esta figura viene regulada en nuestra ley cambiaria y que, por desgracia, tampoco puede verse suplida por la labor integradora que pudiera realizarse a nivel jurisprudencial o por una clarificadora y uniforme regulación internacional en este sentido.

Tanto la Ley Cambiaria como la Ley Uniforme Ginebrina admiten la validez de esta figura pero en ningún caso llegan a regularla exhaustivamente, limitándose tan solo a normar sobre el acontecimiento que supone el completamiento abusivo y sus efectos en la relación cambiaria que pudiera suscitarse frente a terceros. Excedería de este trabajo profundizar sobre tan controvertida figura jurídica, máxime cuando otros autores más avezados han dedicado tiempo, esfuerzo y estudio a dicha tarea y, aunque su labor no pueda considerarse

estéril, tampoco puede predicarse de la misma una contundencia ejemplar, sino más bien un compendio de teorías que desembocan en una conclusión personal que puede ser más o menos convincente para el entorno al que se dirige.

Lo anterior, ni mucho menos, es fruto de la irreflexión o la desidia sino más bien del hecho que la propia figura jurídica huya de una autorregulación que, incluso en un intento de unificar criterios a nivel internacional, tan solo consiguió admitir su validez o licitud en pro del interés del tráfico jurídico internacional salvando el peligro que supone la circulación cambiaria acogida desde esos parámetros frente a terceros adquirentes. Nuestro país, por otro lado, se enfrentó a dicha realidad bajo un absoluto desconocimiento de la misma y es por ello por lo que con respecto a este extremo ni tan siquiera se pronunciara en la Convención de Ginebra sobre la decisión de validar o no unas nimias conclusiones unificadoras, decantándose en definitiva por votar en abstención. El texto de la Ley Ginebrina (art. 10) pasó a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico (art. 12 LCCh.), manteniéndose hasta el día de hoy inalterado, y con él, como era de esperar, todo su déficit conceptual.

Siguiendo a la profesora D<sup>a</sup>. Gemma Angélica SANCHEZ LERMA 17 me voy a permitir la licencia de concluir que la idea básica del título en blanco es la que tiende a admitir la creación de un título cambiario de forma sucesiva en el tiempo. Dicha posibilidad se configura mediante la firma por parte de un obligado cambiario sobre un soporte documental apto de ser considerado letra de cambio, es decir, que contenga en formato adecuado la cláusula cambiaria propia de tal figura cambiaria, perfeccionándose tal negocio jurídico mediante la entrega o puesta en circulación del título en tales condiciones. Se ha asimilado la letra de cambio en blanco a la propia del "nasciturus" (concebido pero no nacido) y desde el punto de vista cambiario resulta en parte acertado el símil dado que la letra de cambio emitida en dicha forma, es decir, en el que se omiten alguno de sus elementos o requisitos esenciales no es título cambiario sin que ello implique negar la posibilidad de serlo.

Lo anterior quiere decir que la posibilidad de los "blancos" en los títulos valores, únicamente parece ser trascendente para el Derecho Cambiario al tiempo de hacer valer o ejecutar tales títulos por parte del tenedor, momento éste en el que todo el rigor formal establecido legalmente debe imponerse con virulencia, al tiempo que la obligación cambiaria incorporada al título, en base a la apariencia de un buen derecho, se torna abstracta con respecto a la causa que lo originó lo que no impide la alegación de excepciones o motivos de oposición cambiaria. La ley cambiaria, habiendo sopesado los intereses en juego tanto por parte de los adscritos al llamado pacto de complemento como los propios de la regularidad y abstracción del título en el tráfico mercantil, permite que, en estos casos tan excepcionales, se pueda oponer la validez del documento frente a su tenedor si éste lo completó de forma abusiva, es decir, transgrediendo las instrucciones dadas para ello por el obligado cambiario; oposición que es trasladable también a los terceros cambiarios que hubieren adquirido el título con mala fe o bajo culpa grave.

Parece, pues, que nuestra legislación aboga por las tesis voluntaristas en la medida que cita la existencia de un pacto llamado de complemento, ya sea éste tácito o expreso, lo que implica la voluntad de obligarse en blanco, acuerdo éste que es de naturaleza especial en la

medida que lleva a asumir también el riesgo objetivo derivado de la propia firma y circulación cambiaria respecto de terceros que adquieran el título de buena fe o sin culpa grave y ello aún en la hipótesis que se pudiera producir un complemento abusivo, arbitrario o incluso falsario del título en esas condiciones emitido. Bajo esta línea interpretativa sería fácilmente diferenciable el concepto de título emitido en blanco (existe voluntad de obligarse en el sentido mencionado) del de título incompleto o "informal" (en el que no existe tal voluntad inicial).

No cabe la menor duda que el derecho cambiario, como parte especial del derecho de obligaciones y contratos, se asienta en la libertad de pacto que a modo de axioma jurídico predica el tan citado artículo 1.255 del CC. No obstante, habrá que destacar que con independencia de la innegable utilidad que en el tráfico proporcionan los títulos-valores, desde la misma elaboración de la ley cambiaria se miró con recelo sus preceptos y ello en la medida que éstos pudiesen interferir de forma negativa en los derechos y garantías de los consumidores. Dicho temor se sustentaba en el hecho que tales títulos eran capaces de camuflar un sin fin de extralimitaciones y abusos difíciles de controlar habida cuenta la abstracción y agilidad que dichos títulos por su propia naturaleza proporcionan en el tráfico jurídico. Este temor inicial que parte de una posible confrontación de intereses legítimos, los propiamente mercantiles derivados de la abstracción, formalidad y agilidad del tráfico mercantil y los estrictamente privados que se coligen de unos innegables derechos atribuibles a los consumidores cuya protección debe inspirar toda la política social y económica del país (art. 51 CE), se torna en "pavor jurídico" ante la posibilidad legalmente institucionalizada de creación, no solo en unidad de acto, sino también de forma sucesiva en el tiempo de los títulos valores y la utilización de los mismos en las operaciones propias de adquisición o financiación de bienes o servicios de consumo. La desconfianza existente frente a los títulos-valores que se emiten en blanco y la predisposición de éstos como medios idóneos para las extralimitaciones, que pueden ser incluso capaces de estar al servicio de ilícitos penales (arts. 248 y 250.1-3º CP), no es nueva en nuestro ordenamiento que como he dicho anteriormente no acostumbraba a este tipo de operatorias cambiarias.

Muestra de tal preocupación quedó reflejada en la Disposición Final Primera del Proyecto de Ley que fuera presentado por el Gobierno al Parlamento y en el que se incluía un mandato "urgente" al legislador para que en el plazo de seis meses se regulase sobre los títulos valores emitidos en operaciones realizadas por consumidores, disposición final ésta que si bien fue suprimida en trámite de enmiendas, todavía existe un rastro de ella en la propia Exposición de Motivos (apartado V) de la Ley 19/1985, de 16 de julio, en la que sin supeditación a término de ningún tipo se insiste en esa misma idea inicial al especificarse que: "la normativa jurídica que introduce esta Ley, absolutamente necesaria y conveniente, no impide que, tras los oportunos estudios y cuando las circunstancias económicas y sociales lo requieran, pueda abordarse la elaboración de un texto legal complementario y específico que establezca las normas que hayan de regir para las letras emitidas en operaciones realizadas por los consumidores y usuarios. Las diferentes orientaciones de los ordenamientos jurídicos de otros países europeos, así como la inexistencia de normativa uniforme en esta materia aconsejan no introducir en la presente Ley su regulación definitiva, sin perjuicio de que ello pueda y deba hacerse en el momento oportuno."

Con respecto a la utilización de los títulos-valores en las relaciones jurídicas entabladas con los consumidores no hay que olvidar que no solo nuestro Derecho se mostró cauteloso, también el de los países de nuestro entorno más próximo, no en vano, un ejemplo práctico de ello supone la Directiva 87/102/CEE de 22 de diciembre de 1.986, modificada por las Directivas 90/88/CEE y 98/7/CEE que naciendo con el objetivo de armonizar las normas en materia de crédito al consumo garantizando un alto nivel de protección a los consumidores, establecía en su artículo 10 la obligación de los Estados miembros de ofrecer una protección adicional a los consumidores en los casos de utilización de letras de cambio, pagarés o cheques para realizar pagos o conceder garantías. Rastro, extremadamente pobre de la anterior Directiva Comunitaria, lo podemos encontrar en la ampliación del régimen de oponibilidad que en el caso de contratos vinculados o anexos a un crédito al consumo viene establecido por el artículo 12 de la Ley de Crédito al Consumo según el cual: "Cuando en la adquisición de bienes o servicios concurren las circunstancias previstas en las letras a), b) y c) del apartado 1 del artículo 15, si el consumidor y su garante se hubieran obligado cambiariamente mediante la firma en letras de cambio o pagarés, podrán oponer al tenedor, al que afecten las mencionadas circunstancias del artículo 15, las excepciones que se basen en sus relaciones con el proveedor de los bienes o servicios correspondientes."

Aunque los anteriores recelos y expectativas normativas concretas no se hayan plasmado de una manera concreta en nuestro ordenamiento, ello no quiere decir que los derechos y garantías de los consumidores no hayan avanzado y obtenido su adecuado desarrollo y nivel de protección. Es por ello que la práctica bancaria comentada puede ser repudiada en base al conjunto normativo que hoy nos proporciona la legislación básica de consumo y, muy especialmente, la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y, por supuesto, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, legalidad ésta que resulta ser más que suficiente vía de reacción jurídica. Lo anterior no obsta el poder afirmar que sigue resultando necesaria, como de hecho han opinado otros autores, la adaptación del derecho cambiario a la realidad que proporciona el consumo en nuestros días o que, a tenor de las interpretaciones judiciales dispares que hunden al justiciable en un amplio margen de inseguridad jurídica, sería conveniente declarar legalmente este tipo de operatorias dentro del concepto de condiciones abusivas del crédito incluyéndolas en la llamada lista negra a la que hace referencia la Disposición Adicional Primera de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios .

Por último habrá que advertir que los títulos-valores en blanco y, en concreto, la letra de cambio, si bien tienen una indudable utilidad en las operaciones de comercio, sobre todo las internacionales, sin embargo, su pobre regulación legal no ha sido estatuida bajo la finalidad de dar carta de naturaleza al libramiento "en masa" de los mismos y menos aún con vocación de sustituir normas jurídicas que de ordinario y, a mi juicio, de forma imperativa, regulan la documentación y ejecutividad de los créditos bancarios subyacentes. Es por ello por lo que se hace necesario entrar a valorar si la emisión de dichos pagarés en las circunstancias tan especiales como las que se describen son capaces de conformar un supuesto de fraude de ley y/o, en su caso, vulnerar derechos especialmente protegidos como son los atinentes a los consumidores y usuarios de los productos bancarios.

No obstante las anteriores cuestiones, que tendrán un afrontamiento particularizado en el presente trabajo, cabe preguntarse ahora si el pagaré librado en tales condiciones, es decir, librado incompleto a la fecha de suscripción de la póliza de préstamo, ostenta o no fuerza ejecutiva una vez completado por el tomador del mismo o, dicho de otro modo, si cuando el "blanco" consiste en el importe del pagaré puede conceptuarse al título de pagaré cambiario.

Aunque no exista una jurisprudencia profusa que afronte de una manera directa tal cuestión jurídica, probablemente porque tanto jueces como partes procesales arranquen de una validez que por mucho repetirse ha pasado a constituirse en dogma de fe inatacable, cuestión ésta última que se acrecienta a tenor del déficit conceptual que la figura de la letra en blanco ostenta per se; no obstante, algún rastro alegatorio en sentido desfavorable a la fuerza ejecutiva del título emitido bajo tales parámetros lo podemos encontrar en los Autos de 20 de febrero del 2004 (LA LEY SUMMA 1612820/2004) y 20 de abril del 2004 (LA LEY SUMMA 1673158/2004) dictados por la Sección 2ª de la Ima. Audiencia Provincial de Lugo, e, incluso, aunque no con tanta contundencia, en la Sentencia de 23 de Febrero del 2.004 (LA LEY SUMMA 1641570/2004) dictada por la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Sevilla que dejó reseñadas para los profesionales que pudieran estar interesados sobre esta particular cuestión.

En este sentido, los Autos de fechas 20 de febrero y 20 Abril del 2004 dictados por la Sección 2ª de la Iltma. Audiencia Provincial de Lugo vinieron a confirmar las decisiones del juzgado de primera instancia nº 4 de Lugo consistentes en la inadmisión de la demanda de juicio cambiario presentada por un banco por carecer el título presentado (pagaré emitido en estas circunstancias) de fuerza ejecutiva y, todo ello, en base a los siguientes argumentos:

"(...) En efecto, el artículo 94 de la Ley Cambiaria y del cheque, establece que el pagaré deberá contener entre otros requisitos, la promesa pura y simple de pagar una cantidad determinada; pues bien, el pagaré acompañado con la demanda, según las propias manifestaciones de la parte apelante que acompañaba -en la apelación- escrito en el que figuraba como manifestación de los demandados, que el pagaré se había emitido con la cantidad de libramiento inicialmente "en blanco", dato éste que, por si mismo, resulta suficiente para calificar al referido documento mercantil como defectuoso e ineficaz para surtir los efectos que le son propios al no cumplir uno de los requisitos -ya referido- exigidos por la Ley Cambiaria cual es la figuración de una cantidad determinada sobre la cual debe de constar la promesa de pago por los obligados a ello. (...) Todo ello indica que el pagaré presentado, en realidad no es tal y no puede, desde luego, producir los efectos que le son propios, suponiendo, simplemente una simulación del mismo a modo de título ejecutivo buscado de propósito por la parte aquí demandante y prestamista, tratándose, en definitiva del uso de tal documento para fines no previstos lo que supone claramente una situación de fraude de ley, usándolo como un verdadero título ejecutivo a la carta, prescindiéndose de las garantías debidas a los deudores, y establecidas en el artículo 573 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto a la necesaria intervención de fedatario público, tanto en la formalización del contrato como en su liquidación, al tratar de eludir tal control, escudándose, según el singular documento obrante al folio 42, en el argumento de ahorro de gastos y menores complicaciones de formalización contractual, no teniendo incidencia, ni

puede salvar la falta de los requisitos exigidos a los efectos aquí pertinentes, que tal documento aparezca firmado por los demandados y deudores, suponiendo tal situación una posibilidad de reclamación a medio de un pagaré (que carece, como dijimos, de los requisitos esenciales para su validez), para reclamar el incumplimiento de obligaciones contraídas a través de un contrato de préstamo, completándose, tal pagaré, unilateralmente por una de las partes, en este caso, el prestamista. En definitiva y por las razones apuntadas, no puede ni debe dársele al pagaré presentado ni el carácter ni producir los efectos de un título ejecutivo. (...)"

Podría pensarse, con mayor o menor rigor jurídico, que dado que el pagaré consiste en una "promesa pura y simple de pagar una cantidad determinada de dinero" (art. 94.2ª LCCh), contenido éste que no resulta salvado por las omisiones no invalidantes establecidas en el artículo 95 de la LCCH, el título emitido en dicha forma, aunque posteriormente fuere completado, no puede considerarse pagaré cambiario. No obstante, dicha consideración jurídica es cierto que choca con la posibilidad de libramiento en blanco del pagaré y su virtualidad de creación sucesiva en el tiempo cuya autorización, en principio, aparece legalmente establecida por el juego remisivo que se efectúa en el artículo 96 con respecto al artículo 12 de la Ley Cambiaria.

Aún siendo ello así, dado el déficit conceptual con el que se nos presenta la figura cambiaria controvertida e insistiendo en la anterior idea, cabría la posibilidad de cuestionar la fuerza ejecutiva del pagaré de esta forma emitido por el librador y posteriormente completado por el tomador, ello a los efectos de una posible oposición al juicio cambiario (arts. 67.2, 94.2ª, 95 y 96 LCCh) en base a los siguientes argumentos:

El pagaré se configura como una promesa pura y simple de pago de una determinada cantidad de dinero a favor de otra persona o a la orden de ésta. En esencia el pagaré cambiario se constituye por una promesa de pago hecha por quien lo firma -librador- frente a quien haya de hacerse el pago o a cuya orden se haya de efectuar -tomador-. Así pues, no cabría la posibilidad de librar tal documento sin completar la casilla correspondiente al importe o la suma de dinero concreta a la que se circunscribe el objeto de dicha promesa inicial so pena de desnaturalización del título.

Si el pagaré documenta una promesa pura y simple de pago, debe generar para su autor una obligación, aunque sea abstracta, de la misma naturaleza (art. 1.113 CC) y es por ello que tal obligación que el título representa y que se ha de establecer sobre esa base esencial no puede configurarse ab initio de forma indeterminada para autorizar su determinación cuántica posterior en base a una liquidación de deuda a efectuar por el propio tomador del pagaré que, además, se hace depender de otra condición como es la relativa al vencimiento anticipado del negocio jurídico subyacente que constituye su causa. Si este tipo de prácticas bancarias se autorizaran en el tráfico mercantil, como al parecer se avala por la doctrina jurisprudencial examinada, lo que se conoce como "promesa pura y simple de pago" pasaría a convertirse en "una promesa de pago indeterminada y condicional" cuya determinación cuántica y cumplimiento de la condición quedaría en manos de la voluntad unilateral del tomador, todo ello, a los solos efectos ejecutivos.



Sin perjuicio de otros criterios que pudieran ser más ilustrados, desde luego distintos de los utilizados por la Audiencia Provincial de Lugo, lo anterior es cierto que desnaturaliza completamente la figura jurídica del "pagaré cambiario" para convertirlo en otra cosa, que podrá llamarse como se quiera o desee, pero que no se puede catalogar de título-valor con fuerza ejecutiva bastante al faltarle uno de los elementos esenciales al momento de su libramiento y cuyo complemento no es posible realizarlo por el tomador en un momento posterior.

El pagaré es un título eminentemente formal, cuya creación ha de hacerse con sujeción a ciertas formalidades que no se exigen como requisitos meramente *ad probationem*, sino que son verdaderos requisitos *ad solemnitatem*, es decir, indispensables para la constitución y nacimiento de las obligaciones cambiarias.

En este sentido, el artículo 94. 2ª de la Ley Cambiaria y del Cheque dispone que "el pagaré deberá contener: 2ª.- la promesa pura y simple de pagar una cantidad determinada en pesetas o moneda extranjera convertible admitida a cotización oficial"

A su vez, el artículo 95 de la Ley Cambiaria y del Cheque aclara que "el título que carezca de alguno de los requisitos que se indican en el artículo precedente no se considerará pagaré, salvo en los casos determinados en los párrafos siguientes: ..."

Dichas excepciones a la regla general vienen constituidas por las omisiones del contenido formal del pagaré que la propia ley cambiaria no considera invalidantes del título, estableciéndose para el caso de su silencio verdaderas "presunciones *iure et de iure*" que subsanan las omisiones que pudiera adolecer el título con respecto al vencimiento, lugar de pago y lugar de emisión del pagaré.

Entre dichas excepciones no se encuentra la relativa a la determinación cuántica del pagaré.

Si bien es cierto, y es aquí donde radica el problema, que el artículo 96 de la Ley Cambiaria y del Cheque establece que serán aplicables al pagaré las disposiciones relativas a la letra de cambio y, en concreto, se hace mención expresa al supuesto excepcional regulado en el artículo 12 en relación a las letras de cambio en blanco (cuando más técnica nos parece la expresión de "incompletas"), no debemos obviar que tal remisión normativa se efectúa por la ley no de forma incondicionada o absoluta sino bajo la expresa mención de "mientras ello no sea incompatible con la naturaleza del título", cuestión que podría impedir la práctica bancaria descrita por las razones que anteriormente he apuntado y a las que habrá que unir otra más como es la inexistencia en el pagaré, al contrario que en la letra de cambio, de la figura de la aceptación que podría ser capaz de recabar el asentimiento posterior a la emisión del pagaré por parte del firmante y en relación a la cantidad concreta a la que se contrae el pagaré y que se deja al arbitrio del tomador.

Los anteriores argumentos, en la medida que pueden servir de apoyo para la oposición al juicio cambiario por razones formales, estimo de valor dejarlas referenciadas en este trabajo ya que, las mismas, pudieran ser suficientes para acabar con la práctica bancaria que se analiza, sin necesidad de abordar la posible existencia de fraude de ley y/o vulneración de los derechos y garantías de los consumidores y usuarios.

Respecto a estas últimas cuestiones, cabría preguntarse, como acertadamente hace BALANSO ZAPATER, ¿Por qué la entidad bancaria obliga a emitir un pagaré en blanco cuando igualmente podría tener un documento (la póliza de préstamo intervenida) que lleva aparejada ejecución?, ¿qué intereses se barajan tras esta práctica? La respuesta a dichos interrogantes nada más que puede ser una y consiste en la defraudación de los distintos derechos y garantías que el deudor detenta, sea éste considerado consumidor o no. Personalmente, yo también me haría otra pregunta que creo que resulta incluso más importante que la anterior: ¿cuáles son los beneficios que al prestatario le proporciona la práctica bancaria analizada?. La respuesta nada más que puede ser otra y pasa por la inexistencia de ventaja alguna y la existencia de innegables perjuicios, lo que es razón para predicar la falta de equivalencia de las prestaciones.

### VIII.- EL FRAUDE DE LEY Y LAS GARANTIAS DEL PRESTATARIO.

Respecto a la figura que entraña el fraude de ley, el artículo 6.4 del Código Civil dispone que "los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir." Por su parte, tanto el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como el artículo 247.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000) establecen que "los juzgados y tribunales rechazarán fundamentalmente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal." Quede claro pues que la norma jurídica define lo que ha de entenderse por fraude de ley y, caso de concurrir esta especial circunstancia, faculta expresamente a los órganos judiciales para, bien de oficio o a instancia de parte, rechazar fundadamente las peticiones, incidentes o excepciones que impliquen la existencia de esta institución jurídica.

A los anteriores efectos, nuestro Tribunal Supremo reitera con carácter general que el fraude de ley requiere como elemento esencial, un acto o serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético de los preceptos en que se amparan, ya se tenga o no conciencia de burlar la ley. Se caracteriza por la presencia de dos normas: la conocida, denominada de "cobertura", que es a la que se acoge quien intenta el fraude, y la que a través de ésta se pretende eludir, que es la norma denominada "eludible o soslayable", amén de que ha de perseguir un determinado resultado contrario a lo ordenado o prohibido imperativamente. Es claro, que no se requiere la intención, o conciencia, o idea dirigida a burlar la ley, pero es preciso que la ley en que se ampara el acto presuntamente fraudulento no la proteja suficientemente, y que la actuación se encamine a la producción del resultado contrario o prohibido por una norma tenida como fundamental en la materia, y tal resultado se manifieste de forma notoria e inequívocamente. (STS 28/01/2005 LA LEY SUMMA 10960/2005)

Trasladada la anterior doctrina jurisprudencial a la práctica analizada, lo primero que habrá que preguntarse es si existe un régimen jurídico que regule la ejecutividad de los contratos mercantiles y dicha interrogante debe contestarse en sentido afirmativo si tenemos en

cuenta el enunciado del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que previene que la acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución, puntualizándose aquellos que reúnen tal naturaleza, entre los cuáles se encuentran según previene el apartado quinto del epígrafe segundo: "las pólizas de los contratos mercantiles firmadas por las partes y por el Corredor de Comercio que las intervenga, con tal que se acompañe certificación en la que dicho corredor acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y la fecha de éstos."

Es por tanto la ley, la que regula sobre las pólizas de los contratos mercantiles, entre los cuales se encuentran los de préstamo bancario, imponiéndoles una primera cortapisa a los efectos de su fuerza ejecutiva, como es la que constituye la intervención en las mismas de los Corredores de Comercio que, debo recordar, a partir del 1 de octubre del 2000, fueron reconducidos junto con los Notarios en un Cuerpo Único de conformidad con la Disposición Adicional Vigésima Cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social y lo dispuesto en el Real Decreto 1643/2000, de 22 de septiembre, sobre medidas urgentes para la efectividad de la integración en un solo Cuerpo de Notarios y Corredores.

Tal imposición e intervención del Estado a través de dichos funcionarios públicos con carácter previo a la celebración de los contratos mercantiles, no resulta baladí, ni gratuita, ni condescendiente con dicho cuerpo único, ni mucho menos prescindible; erigiéndose en una contrapartida legal y equitativa al innegable privilegio que supone la ejecución para la parte que se reputa acreedora. Recuérdese que tal exigencia únicamente es predicable con respecto a la nota de la ejecutividad, es decir, si las partes quieren dotar a sus pactos de fuerza ejecutiva.

Para poder comprender la trascendencia que tiene la intervención de los fedatarios en las pólizas que documentan los contratos mercantiles, hemos de entrar de lleno en la función notarial y el doble carácter que dichos fedatarios ostentan como funcionarios públicos y como profesionales del Derecho. El notario no es un simple profesional del derecho. Es también una persona que ejerce funciones públicas, lo cual no quiere decir, ni dice, que el notario ejerza dos profesiones. Es una y la misma, montada a doble vertiente, de manera que realiza un oficio público -la llamada función certificante y autorizante- y un oficio privado -la que es propia de un profesional del derecho llamado a prestar tareas de pericia legal, de consejo o de adecuación-. Dos vertientes -privada y pública- que configuran una misma función, la notarial, dotándola de una especial coloración que la hace distinta de la una y de la otra. (SSTS 22/01/2001 - LA LEY JURIS: 2403/2001- y 10/06/2003 - LA LEY JURIS: 10344/2004- y STC 87/1989, 11 mayo. -LA LEY JURIS: 829503/1989-).

Téngase en cuenta que los notarios y los corredores de comercio, por fin hoy refundidos en un cuerpo único capaz de pacificar sus ancestrales desavenencias, mediante la intervención en las pólizas mercantiles, aparte de ejercer la fe pública notarial, como profesionales del derecho cumplen la misión previa de asesorar a quienes reclaman su ministerio, debiéndoles aconsejar los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que se pretenden alcanzar (Art. 1 Reglamento Notarial -D 2 de junio de 1.944-). En los términos especiales empleados para los Corredores de Comercio esta intervención consistirá, por regla general, en aproximar y asesorar a las partes contratantes, mediar en el

concierto de las operaciones, velando por la regularidad de cambios y precios y por la observancia de los preceptos legales, dando fe de lo concertado o cumplido con su intervención. Por otra parte, dicha intervención acredita en forma legal la existencia del acto mercantil a que se refiera, la identidad y capacidad de los contratantes y el otorgamiento del acto o contrato, haciendo fe en juicio los asientos de sus libros y las pólizas expedidas por los mismos, debiendo el corredor de comercio asegurarse de la identidad y capacidad legal para contratar de las personas cuyas operaciones intervenga, así como de la legitimidad de sus firmas, si bien pudiendo auxiliarse a estos efectos por corredores de la misma plaza. Tales funcionarios también asesorarán con imparcialidad a las partes y velarán por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios. La fe pública que la legislación vigente reconoce a la intervención del corredor de comercio se halla al amparo de los Tribunales y no podrá ser negada ni desvirtuada en los efectos que legal o reglamentariamente deba producir, sin incurrir en responsabilidad; siendo de especial interés el que entre sus funciones se encuentren la observancia de los preceptos normativos aplicables a cada operación, la concurrencia de cualesquiera autorizaciones administrativas que, en su caso, sean preceptivas, así como el respeto de las siguientes reglas: a) que la validez y el cumplimiento de los contratos no se deje al arbitrio de una de las partes. b) que el contrato se rija por las cláusulas escritas del documento en que se formalice; sin reenvíos o referencias a condiciones generales que no hayan sido literalmente transcritas en él. c) que se respete la legislación vigente en materia de defensa de los consumidores y usuarios, y cualesquiera otras disposiciones de protección de aquéllos, debiendo advertir del posible incumplimiento de las prescripciones contenidas en dicha legislación en cuanto a cláusulas y condiciones generales y, especialmente, a lo establecido en materia de cláusulas abusivas. A mayor abundamiento, con independencia de sus obligaciones generales, en los contratos de préstamo deberán velar por la fijación con claridad y concreción de las condiciones financieras de los préstamos, tales como el tipo de interés (modalidad, tipo aplicable, plazo de revisión), cláusulas de amortización y comisiones; y en los contratos de garantía, por el que la obligación garantizada, la modalidad de garantía y la cuantía de ésta figuren determinadas en la póliza. A tal fin se exigirá la determinación del carácter solidario o no de la garantía, la concreción de su plazo de vigencia y los beneficios a los que, en su caso, se renuncie. (Arts. 80 a 83 del Reglamento de Corredores de Comercio).

Desde otra perspectiva distinta, tampoco cabe pasar por alto que asentándose la práctica bancaria abordada en las llamadas "condiciones generales de contratación", tanto el artículo 23 LCGC (Ley 7/1998, de 13 de abril) como el artículo 10. 6 in fine de la LGDCU (Ley 26/1984, de 19 de julio) también otorgan a Notarios y Corredores de Comercio una labor de información y asesoramiento previo que deben prestar a las partes contratantes y, muy especialmente, a la parte contratante adherente, ya tenga la consideración subjetiva de consumidor o no la ostente. Lo anterior también es importante, como se verá más adelante, en otros apartados de este trabajo, puesto que dicha intervención pudiera incidir de una manera importante en el deber de transparencia al que se deben los adherentes y en el derecho a una adecuada información y protección jurídica de los adherentes.

Son todas las anteriores facetas que conforman la función notarial de los antiguos Corredores de Comercio (arts. 93 y 95 del Código de Comercio) las que se tratan de desdeñar con la práctica bancaria que en el presente trabajo merece mi crítica puesto que,

con la clara intención de acogerse al privilegio ejecutivo por vía que entiendo totalmente inadecuada, aunque aparentemente legal, y bajo la espuria manifestación del abaratamiento de costes o una pretendida mayor agilidad del crédito, se intenta desproteger al cliente bancario hurtándole de la función de información, asesoramiento previo, control de legalidad, fehaciencia y seguridad jurídica que el cuerpo único de notarios están llamados a prestarles por su ministerio.

En definitiva, la intervención en las pólizas del fedatario público a los efectos de dotar con la nota de la ejecutividad al contrato mercantil documentado viene expresamente impuesta por la Ley Procesal Civil (art. 517. 2-5º L.e.civ) y supone una garantía indisponible para el deudor al erigirse en contrapartida a la fuerza ejecutiva del título. Es el Estado el que autoriza el privilegio de la ejecución pero, como no podía ser de otra forma, estableciendo límites o condiciones.

No obstante lo expuesto hasta ahora, la cuestión no es tan simple o sencilla de resolver, dado que si bien es cierto y nadie discute que las pólizas que documentan los contratos mercantiles deben estar intervenidas por fedatario público para que puedan llevar aparejada la ejecución (art. 517.2º.5 L.e.civ.); no es menos cierto, que las letras de cambio, pagarés y cheques también llevan aparejada la ejecución por la suma determinada en el título y demás cantidades a las que hacen referencia los artículos 58, 59 y 62 de la LCCh. sin necesidad de reconocimiento judicial de firmas (art. 517. 2º. 9 L.e.civ. y art. 66 LCCh.); si bien, su tramitación procesal, análoga a la de la ejecución de títulos extrajudiciales, se llevará a cabo a través del juicio especial cambiario regulado en la L.e.civ. (art. 68 LCCh. y arts. 819 a 827 L.e.civ.).

Así pues, sobre el papel, el efecto de la ejecutividad del contrato mercantil pudiera conseguirse a través de dichos medios legales y el problema debe afrontarse sobre la posible colisión que pudiera existir entre ambos, dado que en el primero se extreman los controles y las garantías por parte del legislador cuando la deuda derivada del mismo pueda reputarse ilíquida y, por medio del segundo, únicamente impera el rigor formal y abstracción del título, sin mayores miramientos.

A tenor de lo anterior, una segunda pregunta que resultaría necesaria hacerse es si la Ley Procesal Civil relaciona de forma inseparable e irrevocable la fuerza ejecutiva de la póliza de préstamo mercantil y la intervención en la misma del fedatario público, formando parte dicha simbiosis del orden público económico establecido o, por el contrario, tal legalidad es meramente dispositiva, "de cara a la galería", no descartándose otras posibles vías alternativas para llegar por camino menos arduo o complicado al mismo resultado práctico. La respuesta a dicha interrogante, aunque duela a inventores de artificios, aconseja decantarse por la naturaleza imperativa de la ley procesal que regula la ejecutividad de los contratos mercantiles y el concreto problema que deriva de la iliquidez de la deuda derivada de los mismos, teniendo carácter fraudulento la utilización de los títulos valores con la única intención de burlar la referida normativa, cuestión ésta que es la que ocurre cuando se firman pagarés en blanco con la intención de servir de garantía de cumplimiento de los contratos bancarios que impliquen la necesidad de liquidar el saldo deudor al momento del vencimiento.

El problema jurídico, por lo tanto, se traslada a otro aspecto esencial, no menos controvertido y problemático que el anterior, como es el de la liquidez o iliquidez de los débitos derivados de las pólizas que documentan los contratos mercantiles. Si la deuda derivada de la póliza que documenta el contrato mercantil fuera líquida no habría ningún inconveniente en asegurar o garantizar el mismo por medio de la utilización de los títulos-valores y, además, una vía no excluiría a la otra y viceversa e, incluso ambas, podrían tener cabida y coexistir en nuestro ordenamiento dado que el Tribunal Supremo, en principio, no descarta la superposición de títulos ejecutivos (STS 7/06/1989 -LA LEY JURIS: 12044-R/1989-). Ahora bien si la deuda derivada del contrato mercantil hubiera de reputarse ilíquida, necesariamente, dicho contrato mercantil, para llevar aparejada ejecución, deberá venir intervenido por fedatario público y acogerse a las normas procesales de naturaleza imperativa o "erga omnes" que regulan la ejecución de títulos extrajudiciales por deuda ilíquida y que vienen expresamente establecidas en la Ley Procesal Civil (arts. 572.2. 573 y 574 L.e.civ.), quedando proscrito cualquier ardid o estratagema que, aunque aparentemente basado en la legalidad, intente soslayar o eludir la misma.

Durante la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881, que no ofrecía un concepto taxativo y unívoco de lo que debía entenderse por "cantidad líquida" a los efectos del despacho de ejecución, ríos de tinta y de teorías varias surcaban el amplio abanico de nuestros juzgados y tribunales a la hora de examinar el requisito de la liquidez en relación con el contrato de préstamo bancario, previa admisión unánime del carácter ilíquido de otros contratos bancarios como pudieran ser los de crédito, descuento o afianzamiento mercantil. Si uno examina la jurisprudencia menor existente en este tema con respecto al contrato de préstamo a interés fijo, percibe una fluctuación en las posiciones jurisprudenciales mantenidas que van desde una inicial e intransigente concepción ilíquida de la deuda derivada, que lleva incluso al planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad, pasando dicha concepción por una creciente suavización posterior donde no faltan posiciones encontradas, hasta desembocar en el controvertido concepto de deuda líquida "per se" en el que en definitiva se estanca.

A mi juicio, aunque se vistieran a las resoluciones judiciales bajo un halo de corrección jurídica inatacable, nada tenía que ver la posible controversia sobre la naturaleza jurídica de la obligación real-unilateral o consensual-bilateral del contrato de préstamo -ésta última defendida por el maestro GARRIGUES- con la liquidez de la deuda que se derivaba del mismo, cuestión ésta que, en definitiva, era la que se trataba de zanjar. La problemática creo que era más sencilla que todo eso y, en definitiva, se reducía, a la frase que diría un buen castizo: "hay que hacer cuentas o no hay que hacer cuentas". Si no se hace necesario hacer cuentas la deuda es líquida pero, si hay que efectuarlas, por aparentemente sencillas que éstas sean, se nos presenten o se nos vendan, la deuda habrá de reputarse ilíquida. Otra pregunta que rondaba hace años por mi cabeza era la siguiente: Si la deuda derivada de un préstamo a interés fijo era líquida "per se" (quedaba y sigue quedando muy bien el latinajo) ¿Por qué en todas las pólizas de préstamo bancario se recogía el llamado "pacto de liquidez"? ¿Qué sentido podía tener un pacto innecesario que lo único que hacía era rellenar hueco en el contrato-formulario?. Por último, y una vez alcanzada la comprensión del concepto "per se", no sin esfuerzo, la zozobra y desazón me invadían, dado que habiéndose de incluir en el concepto de liquidez aquellas deudas que eran determinables

bajo la apreciación subjetiva de "sencillas operaciones aritméticas", aunque debo reconocer que el que les escribe siempre fue de letras, ¿Por qué a mí nunca me salían las cuentas?.

Alguna resolución judicial, del que cabe destacar el Auto dictado por la Il.ª Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 22 de octubre de 1991, citado por D. Ubaldo NIETO CAROL 18, ayudaban a no dejarme llevar por el mimetismo jurisprudencial que hacia la corriente mayoritaria desgraciadamente siempre acontece, y así en el mismo se disponía que: "Tal distinción (entre pólizas de crédito y de préstamo) no aparece en la nueva redacción del artículo 1435 citado, que se refiere a los contratos mercantiles sin distinción (...) y ubi Lex no distinguit ne nos distingueret debemus. Lo que sí cabe distinguir, según la Ley, es aquellos contratos de las referidas entidades en los que se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada por la entidad acreedora, y aquellos que no contuvieren tal pacto. Y si la Ley exige determinados requisitos para la determinación de la cantidad exigible en los primeros, la misma razón hay para aplicarlos a los segundos" (...) "siendo el antecedente del artículo 1435 de la L.E.Civ. la Orden de 21 de abril de 1950 y el Reglamento del Banco de España de 1948, la ampliación de la expresión legal a todos los contratos mercantiles implica un cambio de la voluntas legislatoris". (...) "Una cosa es que la póliza intervenida sea en principio título que puede llevar aparejada ejecución conforme al artículo 1429 LEC y otra que la deuda sea líquida, requisito añadido al de la habilidad del título para tener abierta la vía del juicio ejecutivo." (...) "El diccionario académico enseña que en el idioma castellano "líquido" es el saldo de cuantía cierta que resulta de la comparación del cargo (cantidad a la que hay que dar satisfacción) con la data (partida o partidas de descargo). Así pues, cuando el propio título establece que lo prestado será devuelto en cuotas parciales a entregar en diversos momentos, con o sin cadencia fija, por lo que los intereses serán devengados tomando por base la cuantía no amortizada del principal, es claro que la cantidad líquida irá variando en función de entregas efectuadas por el deudor, por lo que la cantidad exigible ya no es toda la prestada, sino otra diferente en función del momento en que se efectúe la liquidación, es decir, la comparación de lo cargado con lo dado".

No dudo que frente a los argumentos utilizados por los partidarios de la "ilíquidez" de las pólizas de préstamo mercantil era viable con la Ley Procesal Civil antigua una postura contraria a dicho parecer jurídico que, aunque a mi juicio fuera inexplicable e injusta, parecía incluso estar avalada por el propio Tribunal Constitucional (haciendo lecturas parciales e interesadas de determinados párrafos, claro está, y olvidando por completo el sentido tuitivo de la norma procesal que fue cuestionada -art. 1.435 L.e.civ.-). Siempre pensé, y desgraciadamente tengo que seguir pensando, que tales posturas jurisprudenciales no eran del todo sopesadas, respondían a un mimetismo exasperante y, lo más grave, restringían garantías y derechos de los consumidores declinando los mismos a favor siempre de la parte más fuerte, es decir, en aquella época las entidades de crédito, ahorro y financiación a las que se refería de forma expresa la norma procesal -art. 1429. L.e.civ.-.

Ahora bien, con la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil habrá que afirmar que el panorama ha cambiado sustancialmente y así el artículo 572 de la L.e.civ. se implica en dos conceptos que creo que son trascendentales y quizás no muy bien entendidos por parte de la jurisprudencia menor que sigue utilizando criterios que resultan ya caducos y fruto de una lacra arrastrada. Tales conceptos son el de "Cantidad líquida" y el de la

posibilidad de "Ejecución por saldo de operaciones", expresión ésta última que los legisladores quisieron puntualizar en el trámite parlamentario y bajo un régimen jurídico unitario en contraste del supuesto más complejo que supone la "Ejecución por saldo de cuenta" al que se sigue haciendo referencia el art. 573 L.e.civ.

Sobre la anterior base legal, a mi juicio, ya no caben hacer conjeturas o interpretaciones extensivas como las que se asentaban en entender que en todo caso la deuda derivada de los contratos de préstamo a interés fijo es líquida "per se" y de este modo, taxativa y unívocamente, a los efectos de la ejecución dineraria, el párrafo primero del artículo 572 de la L.e.civ. ofrece un concepto legal de lo que debe entenderse por "cantidad líquida" al establecer sin ambages de ningún tipo que: "Para el despacho de ejecución se considerará líquida toda cantidad de dinero determinada, que se exprese en el título con letras, cifras o guarismos comprensibles. En caso de disconformidad entre distintas expresiones de cantidad, prevalecerá la que conste con letras. No será preciso, sin embargo, al efecto de despachar la ejecución, que sea líquida la cantidad que el ejecutante solicite por los intereses que se pudieran devengar durante la ejecución y por las costas que ésta origine".

La Ley Procesal, en una primera aproximación, hace coincidir el concepto de "cantidad líquida" con el que otorga la certeza de la "cantidad de dinero determinada" reflejada en el título ejecutivo y, lógicamente, no dependiente de ninguna operación adicional, excluyéndose por tanto la que pueda ser "determinable" en base al título y con posterioridad mediante simples operaciones de cálculo o a través de la liquidación de una situación de cuenta corriente o similar que conlleven a un saldo deudor. Asimilar dicho concepto creo que es de suma importancia para la resolución de un conflicto que ha durado ya bastantes años y que pese a que las corrientes jurisprudenciales han sido fluctuantes parece que no ha acabado de solventarse.

Dicha cantidad determinada y concretada en el título ejecutivo, además, para ser ejecutiva debe reunir los requisitos establecidos en el artículo 520 de la L.e.civ., es decir, exceder de la suma de trescientos €uros, pudiéndose alcanzar dicho límite mediante la adición de varios títulos ejecutivos. Así pues, en los casos de títulos ejecutivos en los que la cantidad debida resulte determinada, sea superior a trescientos €uros y, por ende, no sea necesaria ningún tipo de operación o liquidación posterior para la concreción del saldo deudor, la ejecución se despachará por la cantidad que aparece nominalmente en el título ejecutivo, quedando únicamente exentos de dicha liquidez inicial, como no podía ser de otra forma, la petición sobre los intereses y costas que se devenguen durante la ejecución y sobre los que, siguiendo el enunciado del artículo 575.1 de la L.e.civ., la norma prevé y autoriza al acreedor para que, en su demanda ejecutiva y a los efectos del despacho de ejecución, efectúe un presupuesto provisional que en principio no podrá exceder del 30% del principal que se reclame.

Obviamente, al finalizar el proceso de ejecución, tanto los intereses devengados durante la misma como las costas procesales deberán ser oportunamente liquidados y tasados poniéndose fin de esta forma a dichas peticiones anexas a la reclamación del principal adeudado y al que hace referencia el título ejecutivo asentado en una cantidad líquida. Adviértase que dichos intereses moratorios sobre los que la ley autoriza un presupuesto y liquidación provisional vienen referidos a los que se devenguen a partir de la interposición



de la demanda de ejecución, dado que respecto a los intereses ordinarios y moratorios vencidos y no satisfechos al tiempo de la interposición de la demanda, en el caso de títulos ilíquidos por concepto, deben venir necesariamente solicitados y concretados por el acreedor en el inicial escrito de demanda de ejecución (arts. 549.1.2 y 575.1 L.e.civ.) so pena de quedar fuera del despacho de ejecución.

Ahora bien, que lo anterior sea así, no quiere decir que queden exentos de ejecución los títulos de los que resulte el deber de entregar una cantidad de dinero no determinada al tiempo de la acción ejecutiva, pero sí determinable, bien sea por sencillas operaciones aritméticas, bien por liquidación de una situación que implique una relación de cuenta corriente o similar. Tal situación está directamente relacionada con el llamado "pacto de liquidez" que es el que habilita al acreedor en estos casos para la determinación unilateral de la deuda en el tiempo, todo ello, conforme a lo estipulado en el contrato y bajo la aquiescencia previa del deudor que ha otorgado su asentimiento previo o se ha adherido a esta forma de liquidar el préstamo a los efectos de poder despachar la ejecución en su contra.

A este respecto, el artículo 572.2 de la LECiv. bajo el concepto significativo de "Ejecución por saldo de operaciones" prescribe que: "también podrá despacharse la ejecución por el importe del saldo resultante de operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida por corredor de comercio colegiado, siempre que se haya pactado en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo. En este caso, solo se despachará la ejecución si el acreedor acredita haber notificado previamente al ejecutado y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible resultante de la liquidación."

Llama la atención que en la redacción final de esta norma, no solo se introduzca el concepto de "ejecución por saldo de operaciones", mucho más amplio y clarificador del que implicaba el de "ejecución por saldo de cuenta" (inicialmente previsto en el anteproyecto y borrador de proyecto de la Ley Procesal Civil) sino que, además, pacificando situaciones que pudieran dar a equívocas interpretaciones, el despacho de ejecución en estos casos ya no se vincula "al saldo resultante del cierre de cuentas u operaciones similares a éstas" abarcando el ámbito objetivo del precepto a cualquier tipo de contrato que documentado en una escritura o póliza intervenida por fedatario público resulte preciso determinar el saldo deudor mediante cualquier tipo de operación.

Tampoco la ejecutividad de las pólizas que documentan contratos mercantiles y que se basan en el llamado "pacto de liquidez" se reserva legalmente a las entidades de crédito, ahorro y financiación como anteriormente se hacía en el extinto artículo 1.435 in fine de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881, acabándose así, es decir, de un plumazo, con aquella alegada situación de privilegio que no era vulneradora del principio de igualdad según nuestro Tribunal Constitucional (-STC 14/1992, de 10 de febrero, -LA LEY JURIS: 1872-TC/1992-) Este último extremo implica una novedad sumamente importante que, introducida por la reforma legal, indudablemente, hacen que se intensifiquen y se deba de exigir unas mayores cautelas y garantías que tienden a la justificación por parte del acreedor y al tiempo de interposición de la demanda de una serie de requisitos previos y

coetáneos a la acción ejecutiva que deberán ser debida y adecuadamente supervisados por el órgano judicial que sigue ejerciendo un indudable control al tiempo del despacho de ejecución, aunque esta vez no bajo sanción de corrección disciplinaria como ocurría con la antigua ley procesal. En correlación también con dicha situación el nuevo sistema que regula la ejecución de los títulos ejecutivos de naturaleza extrajudicial (Título IV de la L.e.civ.) abre un amplio abanico de motivos de oposición para el deudor, que pueden ser tanto de fondo como de forma, dotando a la sentencia que pone fin al proceso ejecutivo de la eficacia de cosa juzgada restringida de los mismos. (arts. 222 y 564 L.e.civ.)

Cabe recordar que el controvertido artículo 1.435 in fine de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881, en su redacción operada tras la Ley 10/1992 de 30 de Abril sobre Medidas Urgentes de Reforma Procesal, tenía el siguiente tenor literal: "Si en los contratos mercantiles otorgados por Entidades de crédito, ahorro y financiación, en escritura pública o en póliza intervenida de conformidad con lo dispuesto en el número 6.º del artículo 1.429 de esta Ley se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la Entidad acreedora, aquélla se tendrá por líquida siempre que conste en documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo y que el saldo coincida con el que aparece en la cuenta abierta al deudor. En el caso de cuentas corrientes garantizadas con hipoteca, abiertas por Bancos o Cajas de Ahorro, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. En los casos a los que se refiere el párrafo anterior, la entidad acreedora deberá notificar previamente al deudor o al fiador el importe de la cantidad exigible."

Examinando la evolución legislativa, aunque sin hacerse ya referencia a la exclusividad que para las entidades de crédito, ahorro y financiación pudiera suponer el llamado "pacto de liquidez" con efectos ejecutivos, tanto el Anteproyecto como el Borrador de Proyecto de LECiv. que fuera remitido a las Cortes Generales disponían en su artículo 574.2 (actual 572) lo siguiente: "Cuantía líquida. Operaciones por saldo de cuenta. 1.- (.....). 2.- También podrá despacharse ejecución por el importe del saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida por Corredor de Comercio Colegiado, siempre que se haya pactado en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo. En este caso, sólo se despachará la ejecución si el acreedor acredita haber notificado previamente al ejecutado la cantidad exigible resultante de la liquidación." Como podemos observar el precepto inicialmente proyectado, no variaba en mucho la anterior regulación legal, modificándose únicamente el ámbito subjetivo al que iba dirigido el "pacto de liquidez" a los efectos del despacho de ejecución que ahora se amplía a cualquier acreedor.

No obstante, esencial resulta hacer referencia a que tal precepto, fue objeto de modificación en el Congreso de los Diputados y ello en base a la aprobación de las Enmiendas nº 1.284 y 1.285 del Grupo Parlamentario Catalán-CIU (BOCG 17 marzo de 1.999) que, en definitiva, dieron como resultado la literalidad del encabezamiento y apartado segundo del vigente artículo 572 de la L.e.civ.. Dichas enmiendas se justificaban en el hecho de la nueva extensión subjetiva del ámbito del precepto hacía poco conveniente restringir su aplicación

a los contratos que implicasen la determinación del saldo deudor resultante bajo supeditación al cierre de cuentas corrientes u otras operaciones similares.

Por ello se entendía que la expresión de "ejecución por saldo de operaciones" (más amplia, sin duda) era más acertada y acorde que la prevista en el proyecto de "ejecución por saldo de cuenta" y que debía mantenerse el amplio ámbito subjetivo del precepto bajo referencia a toda clase de contratos que implicasen únicamente la existencia del llamado pacto de liquidez y, claro está, sin efectuarse distingos de ningún tipo que pudiesen llevar a equívocos, siempre que se cumpliesen los requisitos de escritura pública o intervención del fedatario público. (enmienda nº 1284)

Del mismo modo, dado el silencio mantenido en el proyecto, y a fin de evitar la indefensión del avalista o fiadores que, por lo general, no tienen conocimiento del incumplimiento por parte del deudor principal el requisito de la notificación previa debería estipularse también necesario para éstos. (enmienda nº 1285).

Por su parte, no menos importante e interesante me parece el resultado de la enmienda nº 496 presentada por el Grupo Socialista a la redacción del apartado segundo del precepto y que, a tenor de la nueva amplitud subjetiva en lo concerniente a la ejecutividad basada en el pacto de liquidez, aconsejaba la conveniencia de que se hiciera también referencia a la necesidad que por parte del fedatario público se acreditara que la liquidación efectuada por el acreedor era conforme con dicho acuerdo. Dicha enmienda, si bien resultó rechazada, su extremo interés no radica en el resultado de la misma sino en las razones de su desestimación que no lo fue, en ningún modo, por falta o ausencia de motivación sino, muy al contrario, tal y como consta expresamente en el debate de sesiones, en el hecho que dicho requisito formal ya venía expresamente establecido en el párrafo primero artículo 575 del Borrador del Proyecto de Ley (actual artículo 573 de la L.e.civ.) por su remisión normativa al apartado segundo del artículo 574 del Borrador del Proyecto (actual artículo 572 de la L.e.civ.) y, por lo tanto, era del todo punto innecesaria una reiterada cita. Queda por lo tanto aclarada el sentido y alcance de la remisión literal que actualmente hace el artículo 573.1 al artículo 572.2 de la L.e.civ. y la exigencia en todo caso de los presupuestos que en el primer precepto se contemplan con respecto a la justificación del saldo deudor.

Por lo tanto, dada la literalidad y el antecedente legislativo comentado, resulta a mi criterio obvio que la situación descrita en el vigente apartado segundo del artículo 572 de la Ley de Enjuiciamiento Civil indudablemente afecta a las pólizas que intervenidas por fedatario público documentan cualquier tipo de contrato mercantil del que se deriven deudas ilíquidas y, entre ellos, habrá que incluir a los contratos de préstamo bancario de dinero entendidos como aquellos en los que el prestamista transmite una cantidad de dinero al prestatario estipulándose una correlativa devolución mediante amortizaciones periódicas comprensivas de capital e interés remuneratorio que puede ser fijo o variable, constituyendo el beneficio del pago aplazado para el prestatario y el percibo del interés remuneratorio para el prestamista la causa propia de este tipo de negocios jurídicos.

Es precisamente la posibilidad, admitida constitucionalmente desde antaño y que ahora se amplía en su esfera subjetiva, de dar por vencido anticipadamente el préstamo y liquidar

unilateralmente el saldo deudor a dicha fecha mediante operaciones aritméticas comprensivas del capital pendiente de devolución e intereses remuneratorios devengados, a las que se suman también la liquidación de otro tipo de conceptos estipulados por lo general en este tipo de pólizas mercantiles (intereses de demora, comisiones y gastos), la que obliga al acreedor de tales títulos a tener que probar al órgano judicial, so pena de ver claudicar su privilegio ejecutivo, que en la póliza intervenida por fedatario público se estipuló el llamado "pacto de liquidez" que le facultaba para la determinación unilateral del saldo deudor, que éste último se adecua a lo estipulado en la póliza bajo afirmación y nueva intervención de fedatario público y que, con carácter previo a la acción ejecutiva, tanto la decisión unilateral de dar por vencido el contrato de préstamo como el saldo deudor resultante a dicha fecha ha sido debidamente notificado al deudor y, en su caso, al fiador si lo hubiere.

La ley procesal civil vigente ha querido establecer un régimen jurídico específico para la ejecutividad de las pólizas que documentan contratos mercantiles y así resulta a mi juicio incuestionable que tales pólizas para poder llevar aparejada la ejecución deben estar intervenidas por fedatario público debiéndose además acompañar a la demanda certificación en la que el Corredor de Comercio -hoy Notario- acredite la conformidad de la póliza mercantil con los asientos de su libro-registro y la fecha de éstos (arts. 517.1.5° y 550.1.4° L.e.civ.) y, además, cuando la cantidad debida -no el capital prestado- no se halle determinada de manera expresa en el título mediante letras, cifras o guarismos comprensibles (art. 572.1 L.e.civ.), pero sea determinable o liquidable a través de operaciones que conlleven al resultado de un determinado saldo deudor, ya implique o no éste la existencia de una situación de cuenta corriente entre las partes, el juez deberá controlar el hecho que en tales contratos las partes se hayan sometido expresamente al llamado "pacto de liquidez" en virtud del cual se autoriza al acreedor para que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por el mismo, aunque en la forma convenida por las partes en el título, y que éste haya notificado previamente al deudor y fiadores el saldo deudor existente a dicha fecha. (art. 572.2 L.e.civ.) A mayor abundamiento, el art. 573 de la L.e.civ., bajo expresa remisión expresa al art. 572. 2 de la L.e.civ., establece los documentos necesarios que, con independencia de los ya indicados en el art. 550 de la L.e.civ. (en relación al art. 517.2.5°), deben acompañarse al escrito de demanda ejecutiva en orden a que el tribunal pueda despachar la ejecución frente al deudor.

De esta manera, y dado que la interpretación literal de los preceptos anteriormente aludidos a ello obliga y la respuesta a la enmienda n° 496 también, la entidad bancaria deberá acompañar a la demanda ejecutiva, a modo de requisito de admisibilidad ineludible, aparte de la póliza de préstamo intervenida por Notario y de la certificación de éste último que acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y la fecha de éstos, la siguiente documental:

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 aplicación de intereses que determinan el saldo concreto por el que se pide el despacho de ejecución.

El documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo.

El documento que acredite haberse notificado al deudor y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible.

Si tales requisitos o presupuestos no concurren no podemos hablar de título ejecutivo y el juez estará obligado a denegar el despacho de ejecución conforme a lo dispuesto en los artículos 552.1 y 575.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedando las partes libres para ventilar sus derechos en el juicio declarativo que corresponda.

Vistos los anteriores argumentos y con los debidos respetos debo manifestar que resulta criticable la doctrina jurisprudencial que emanada de distintas Audiencias Provinciales se sigue inclinando de forma casi mimética en estimar que los préstamos de dinero a interés fijo son líquidos "per se" y, por lo tanto, las pólizas que los documentan son ejecutivas sin más requisito formal que el de venir intervenidas por fedatario público.

Dicho criterio interpretativo, que ya bajo la vigencia del artículo 1.435 in fine de la LECiv. de 1.881 era a mi juicio más que cuestionable, por no decir erróneo y no acorde con una interpretación global de la doctrina emanada del propio Tribunal Constitucional, ahora con la nueva regulación procesal deviene a mi modo de ver insostenible en la medida que se aclara legalmente lo que ha de entenderse por "cantidad líquida" a los efectos del despacho de ejecución (art. 572.1 L.e.civ) y se amplía a cualquier tipo de acreedor (sea o no entidad de crédito, ahorro o financiación) los efectos de la ejecutividad siempre que se parta del ya institucionalizado "pacto de liquidez". (art. 572.2 L.e.civ). Tales novedades implican y justifican unas mayores garantías para el deudor al que habrá que notificársele el saldo deudor y explicársele, de plantearse contienda judicial, las operaciones que han llevado al mismo, todo ello, bajo control previo por parte del fedatario público y, en todo caso, por parte del órgano judicial que debe examinar antes de despachar la ejecución, con todos esos datos a su alcance, la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos.

No cabe duda que el artículo 1.435 in fine de la L.e.civ. suscitó numerosos interrogantes y dudas que han llegado en diferentes ocasiones y por variadas vías hasta el Tribunal Constitucional (SSTC 14/1992, de 10 de Febrero -LA LEY JURIS: 1872-TC/1992-; 47/1992, de 2 de Abril -LA LEY JURIS: 1892-TC/1992-; 141/1995, de 3 de Octubre - LA LEY JURIS: 2603-TC/1995; 159/1996, de 15 de Octubre - LA LEY JURIS: 9690/1996-; 181/2003, de 20 de Octubre - LA LEY JURIS: 10046/2004-; Auto 151/1999, de 14 de junio - LA LEY JURIS: 825656/1999 o Providencias de fechas 8 de marzo de 1994 -LA LEY JURIS 827487/1994; 17 de julio de 1.996 -LA LEY JURIS: 824826/1996- y 26 de Enero de 1.999 -LA LEY JURIS 1237927/1999), ahora bien, ni el precepto legal controvertido, ni la doctrina constitucional aludida, pueden ser ya aplicables a la nueva regulación que de los títulos ejecutivos aparece tras la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de Enero).

En este sentido, el Auto de fecha 26 de Enero del 2.004 dictado por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Cádiz (LA LEY SUMMA 1845976/2004) expresamente dispone:

"Tras una lectura del artículo 572 Ley de Enjuiciamiento Civil estamos en disposición de llevar a efecto la interpretación de dicha norma acudiendo al primer criterio establecido en el artículo 3 del Código Civil, es decir la interpretación literal o gramatical, de forma que si la misma es suficientemente clara de manera que el sentido literal de las palabras utilizadas no deja lugar a dudas tenemos base suficiente para llegar a una conclusión certera acerca de qué es lo que ha querido el legislador al aprobar dicho artículo. Así, dice textualmente el párrafo primero del artículo comentado, que 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. Es decir, la expresión de la cantidad, para que sea líquida la quiere el legislador en letras, cifras o guarismos, que, obviamente habrán de percibirse de forma directa por el destinatario de lo que se quiere manifestar con dicha expresión, sin que el mismo haya de realizar determinadas operaciones matemáticas, por muy sencillas que sean, para deducir una cantidad distinta de la que está consignada en el título.

Con ello se superan los anteriores problemas de interpretación existentes en la legislación anterior, de manera que ahora solo existen dos clases de liquidez de la deuda: la expresada en el título con letras cifras o guarismos comprensibles (párrafo 1) y la derivada de la liquidación efectuada por la entidad acreedora cuando así se hubiere pactado (párrafo 2), sin que en el contrato de préstamo, aunque lo sea con interés fijo, la cantidad se pueda considerar como "determinada" y, por ende, líquida "per se", si la misma no ha sido fijada explícitamente en la forma que señala la Ley. Es por ello por lo que estimamos que no nos encontramos en una situación semejante a la que existía cuando estaba vigente el antecedente legislativo próximo (art. 1435 LECiv) el cual, al no distinguir con claridad entre préstamo y crédito, y ante la falta de una interpretación auténtica de la que ahora sí disponemos, acerca de lo que ha de entenderse por cantidad líquida, fue interpretado de forma mayoritaria en el sentido de que recogía exigencias formales para liquidar cuantías jurídicamente ilíquidas, como las dimanantes de una relación de crédito, pero no para los préstamos en donde la liquidación no era necesaria pues la cuantía entregada constaba en la póliza, a la que únicamente había que añadir simples operaciones aritméticas para averiguar el débito. Sin embargo la vigente ley ha dejado claro cuándo la liquidez no requiere notificación previa al ejecutado o fiadores, porque está expresada de manera que no requiere ningún tipo de operación para su definitiva determinación, y cuándo, por contra, ha de adornarse con tales previos requisitos formales para la admisión de la demanda ejecutiva, en donde, como decimos, no se distingue entre operaciones aritméticas simples o complejas, de manera que no nos hallamos ante la misma situación contemplada en la normativa precedente, impidiéndonos la literalidad de la ley considerar que, estando ante un préstamo, la cantidad estaría determinada en la póliza y, por tanto, sería líquida, sin necesidad de liquidación."

En parecidos términos, aunque con alusión expresa al trámite parlamentario, se pronuncia el Auto de fecha 30 de junio del 2.004 dictado por la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Sevilla (LA LEY SUMMA 1845398/2004) al establecer que:

"Ya este Tribunal en la sentencia de 22 de Octubre de 2001 señaló que en los procedimientos que se refieren a la ejecución de una póliza de préstamo personal, en el que, por incumplimiento del pago de las amortizaciones convenidas, se solicita el despacho de ejecución del saldo deudor resultante de la liquidación practicada por el propio Banco

ejecutante, es necesario para despachar ejecución que se aporte la póliza y además que se haya convenido esa forma de liquidación, que se presente la certificación expedida por el propio Banco y que se haga constar por fedatario público que dicho saldo deudor coincide con el que aparece en la cuenta del préstamo y que la liquidación de la deuda se ha practicado en la forma pactada en la póliza por las partes. El problema traído a esta alzada es el hecho de que, presentados los documentos correspondientes para instar la ejecución, se da cuenta por la Señora Secretaria del Juzgado de 1ª Instancia que falta el documento acreditativo de haberse notificado a los deudores la cantidad exigible resultante de la liquidación. A la vista de dicha falta de notificación, se dicta providencia disponiendo que, previamente a acordar sobre la admisión de la demanda ejecutiva, se requiere a la parte ejecutante a fin de que subsane la falta de la referida notificación. Frente a cuya providencia se interpone recurso de reposición que es desestimado por el auto que aquí se recurre en apelación.

Para decidir esta cuestión, como señala la sentencia apelada, debemos decidir si el título en que funda la ejecución el recurrente se debe incardinar en el punto 1 o en el punto 2 del artículo 572 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de Enero de 2000. El recurrente sostiene que no es necesaria la notificación puesto que la cantidad que reclama es una cantidad líquida al derivar de un contrato de préstamo, en el sentido de que es suficiente con una simple operación matemática para conocer exactamente cuál es el saldo deudor, siendo exigida la notificación del saldo sólo en aquellos supuestos en que se trate de otro tipo de contrato en los que no se puede conocer el saldo deudor por una simple operación matemática al existir entradas y salidas en cuenta que hacen imposible la determinación del saldo mediante esas simples operaciones, como es el crédito en cuenta corriente.

Sin embargo, dicho argumento que era válido para la legislación anterior, en la actualidad no se sostiene, pues no sólo va contra la correcta interpretación que hace la Juez de Primera Instancia, relativa a la modificación operada entre el anteproyecto y proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil y cómo quedó definitivamente redactado el artículo 572, sustituyendo "Cantidad líquida. Ejecución por saldo de cuenta" por "Cantidad líquida. Ejecución por saldo de operaciones", si no que, de una interpretación directa del referido artículo, vemos cómo el apartado 1 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, y el punto 2 se refiere a supuestos como el de autos en que para determinar la cantidad exigible se ha pactado que 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, estableciéndose el párrafo siguiente de modo rotundo. Tampoco es argumento aceptable el relativo a lo dispuesto en el artículo 574, relativo exclusivamente a los préstamos con interés variable, pues en dicho artículo aparte de las exigencias establecidas en los números 2º y 3º del apartado primero y en los apartados segundo y tercero del artículo 573, se exige además que en la propia demanda ejecutiva exprese las operaciones de cálculo para determinación del saldo, cosa que en la ejecución que nos ocupa no es exigible y de ahí su especialidad.

En definitiva lo que viene a establecer nuestra nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de Enero de 2000 en el artículo 572 es que será siempre necesario para despachar ejecución la notificación del saldo a los ejecutados, cuando se trate de una ejecución derivada de un

contrato formalizado en escritura pública o en póliza intervenida por fedatario, siempre que se haya pactado en el título que la cantidad exigible será la resultante de la liquidación realizada por el propio acreedor en la forma convenida, con independencia de si la liquidación es o no compleja; no siendo necesaria la notificación tan sólo en aquellos casos en que la cantidad que se pretende ejecutar conste directamente en el título."

Hago propios los anteriores argumentos que desde la legalidad se efectúan y que no dejan de estar asentados en el sentido propio de las palabras y antecedentes legislativos de los preceptos estudiados y que llaman, como no podría ser de otra forma, a establecer un orden público económico conformando una serie de requisitos de control, tanto a nivel extrajudicial como judicial, que contrarresten el privilegio que ahora para toda clase de acreedores supone la necesaria nota de la ejecutividad de las pólizas que documentan los contratos mercantiles y que, en el caso examinado, se erigen en verdaderas garantías para el deudor.

En el contrato de préstamo la posibilidad de determinación del saldo deudor derivado del "pacto de liquidez" va unida a la facultad que de ordinario también se otorga al acreedor para que de forma unilateral pueda dar por vencido anticipadamente el contrato en base a unas causas tasadas o preordenadas contractualmente y ello sin necesidad de acudir u obtener una declaración judicial previa en tal sentido. No es el momento ni el lugar para examinar la validez jurídica de este tipo de cláusulas y/o sus eventuales límites que pudieran aconsejar la reciprocidad del pacto y su justificación en base a circunstancias de cierta enjundia que huyan de la discrecionalidad o arbitrariedad del acreedor; ahora bien, ejercitada la facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo en base a dichas circunstancias preestablecidas, es decir, privando al deudor de su beneficio al plazo, el llamado "pacto de liquidez" implica dar un paso más que desemboca en autorizar a una sola de las partes, sin intervención alguna de la contraparte, para la determinación cuántica de la deuda y ello, claro está, a los únicos efectos ejecutivos. El débito de este modo configurado ha de reputarse inicialmente líquido, vencido y exigible a los efectos del despacho de ejecución.

Visto lo anterior no parece exagerado que para dotar de fuerza ejecutiva a las pólizas de préstamo mercantil se establezcan legalmente una serie de requisitos previos al ejercicio de la acción ejecutiva que parten de la intervención del fedatario público en la propia póliza lo que garantiza un primer control de legalidad y una mayor seguridad jurídica, así como se dota la debida información y asesoramiento de las partes en orden a la conformación de su voluntad expresa, y muy especialmente la del prestatario, cuando nos hallemos ante un contrato de adhesión regido por condiciones generales de contratación (art. 517.2.5º L.e.civ.). En un segundo término, habrá que colegir que tampoco parece desorbitado el afirmar que no se podrá interponer demanda ejecutiva en base al título de la anterior manera constituido, si previamente no ha precedido la notificación del saldo que se entiende debido a juicio del acreedor-prestamista y se reputa imputable al prestatario-deudor, actuación ésta especialmente vinculada a los pactos de liquidez y vencimiento anticipado que de ordinario vienen establecidos en este tipo de pólizas mercantiles y a los que anteriormente me he referido de forma expresa. (arts. 572. 2 in fine y 573. 1-3º L.e.civ.). Con esta exigencia, no solo se consigue evitar procesos judiciales innecesarios o absurdos que a todos perjudican y a nadie benefician, sino que se asegura que el prestatario



pueda reaccionar adecuadamente frente a las decisiones del prestamista en igualdad de condiciones y armas procesales. De esta forma, el deudor-prestatario podrá preparar la defensa jurídica frente a una hipotética demanda ejecutiva que implícitamente se le anuncia o bien conformarse con las decisiones del acreedor procediendo al pago y evitando los gastos procesales que por ley le pudieran ser exigibles caso de despacharse la ejecución en su contra, siendo ya en principio indiferente, a estos efectos, que pague o no en el acto del requerimiento judicial dado que las costas le serán impuestas. (art. 583.2 L.e.civ.)

Del mismo modo, tampoco parece descabellado proveer a la demanda ejecutiva de una serie de requisitos formales que van a favorecer el debido control judicial. De esta forma no solo habrá de incorporarse a la demanda la póliza de préstamo donde expresamente venga reflejado el llamado pacto de liquidez (art. 572.2 L.e.civ.), trascendiendo al proceso judicial el título y todo su condicionado, sino también el acreedor deberá justificar el "quantum" en virtud del cual solicita el despacho de ejecución frente al deudor y, es por ello, por lo que con la demanda ejecutiva habrá de acompañarse a modo de requisito de admisibilidad (art. 550 y 552.1 L.e.civ.) los documentos aptos que justifiquen el mismo y que se circunscriben en: a) 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 la correspondiente a la aplicación de intereses que determinan el saldo concreto por el que se pide el despacho de ejecución y b) El documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo. (arts. 572. 2 y 573.1-1º y 2º L.e.civ.) De este modo el acreedor deberá explicar la globalidad de operaciones que le han llevado a la determinación unilateral del saldo deudor, que no tiene por qué ser cierta (-para eso están los motivos de oposición-), siéndole además exigible un segundo control extrajudicial de dicha liquidación por parte del fedatario público que, normalmente, por diligencia que estampa en la liquidación que se le presenta, certifica que la misma ha sido realizada de manera correcta aritméticamente hablando y a tenor de los datos que se le proporcionan y, además, la misma se corresponde con lo pactado en la póliza.

Dado el concepto legal de "cantidad líquida", la cuantía debida a consecuencia del vencimiento anticipado de un contrato de préstamo bancario a interés fijo no es un débito líquido en la medida que al tiempo del ejercicio dicha cláusula el mismo no está determinado, es incierto, si bien puede ser determinable en base a unas sencillas o más complejas operaciones aritméticas que parten, necesariamente, de unos datos de hecho y de derecho que previamente habrá que contrastar y justificar por aquél que solicita la tutela judicial de los tribunales y, más aún, si lo que pretende es acogerse al privilegio que le otorga la ejecución. Digo lo anterior porque existen distintas modalidades de planes de amortización o devolución del préstamo, dependiendo de la periodicidad de las cuotas y la variación de su importe a lo largo del tiempo (constantes, crecientes, decrecientes), así como también es posible la existencia de un período inicial de carencia durante el cual no se devuelve el capital. Cabría también modificar el plan de amortización inicialmente pactado mediante pagos anticipados de parte o de la totalidad de la deuda pendiente (cancelación anticipada parcial o total, respectivamente) Por otra parte, algunas entidades ofrecen préstamos cuyas condiciones financieras (plazo, importe de las cuotas, etc.) pueden variar a lo largo del tiempo a elección del cliente y, por último, y ello es sumamente importante, el abanico de comisiones y gastos pactados para distintas situaciones fácticas y que conforman la deuda vinculada al contrato de préstamo que hay que liquidar es amplio y

variopinto. Destacar también que el anterior conglomerado de conceptos que componen la deuda derivada de un préstamo mercantil, en una palabra el llamado saldo deudor producto de una liquidación unilateral efectuada por el acreedor, no tiene por qué ser el que necesariamente sirva a los efectos del despacho de ejecución y, tal y como dispone y autoriza el párrafo tercero del artículo 573 de la L.e.civ.: "si el acreedor tuviera duda sobre la realidad o exigibilidad de alguna partida o sobre su efectiva cuantía, podrá pedir el despacho de ejecución por la cantidad que le resulte indubitada y reservar la reclamación del resto para el proceso declarativo que corresponda, que podrá ser simultáneo a la ejecución."

Lo que en definitiva se pretende por las entidades de crédito mediante la imposición al cliente bancario del artificio que supone la constitución de la obligación cambiaria es que el negocio jurídico causal subyacente -préstamo bancario- no pueda ser debidamente controlado escudándose para ello en la abstracción del título cambiario y en las peculiaridades del juicio cambiario.

No habrá que desdeñar que el único documento que habrá de presentarse a la demanda de juicio cambiario es el pagaré revestido de sus requisitos formales y que, en este caso, inicialmente se emitió en blanco y posteriormente fue completado de forma unilateral por el acreedor, haciendo uso de otras condiciones generales de contratación que, de ordinario, vienen establecidas en las pólizas de préstamo en torno a facultad de vencimiento anticipado del contrato y liquidación unilateral de la deuda, acuerdos éstos cuyo legítimo ejercicio indudablemente escapan del inicial conocimiento por parte del deudor y, lo que es más grave y pernicioso, al posterior control judicial que resulta debido y exigido, produciéndose además otro efecto nocivo para el ejecutado como es el de enfrentarse a ciegas a un proceso judicial en cierta forma sorpresivo y en el que se invierte la carga de la prueba en su contra.

Con independencia de lo alegado en torno a la desnaturalización del pagaré cuando el blanco lo constituye el importe del mismo, no parece que la legalidad cambiaria y, en concreto, la siempre excepcional figura del pagaré incompleto, entendido como título-valor de creación sucesiva en el tiempo, deba constituirse en el medio idóneo para garantizar el cumplimiento de los contratos de préstamo de dinero constituyéndose tal ardid y su utilización en masa en régimen jurídico legal supletorio al que de forma expresa ya viene establecido en el Título IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de Enero), ello sin dejar de reconocer las innegables ventajas que en todos los ámbitos y en perjuicio flagrante del cliente bancario pueda conllevar para los prestamistas su utilización.

Es por todo lo anterior por lo que habrá que empezar a considerar que en esta materia existen límites y, uno de ellos, estriba en la admisión de la existencia y vinculación de un orden público económico que estaría en este caso circunscrito en las normas procesales que regulan la fuerza ejecutiva o ejecutividad de los contratos mercantiles. No es parece tampoco justificable la permisibilidad judicial que con respecto a esta práctica bancaria viene asentada en el hipotético efecto santificador que pudiera suponer un acuerdo privado -el que tiende a obligarse cambiariamente en blanco- que si bien podría afirmarse que no figura nominativa o expresamente prohibido si puede y así debe ser entendido contrario al ordenamiento jurídico establecido y, por ende, constitutivo de fraude de ley (art. 6.4 CC).

A mayor abundamiento, la práctica bancaria que comento y como expondré en los epígrafes siguientes, no viene a mi juicio legitimada por el llamado "principio de autonomía de la voluntad de las partes" (art. 1.255 CC) sino que más bien su justificación deriva de la realidad que suponen las condiciones generales de contratación entendidas como "aquellas cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos" (art. 1 LCGC).

## IX.- LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.

La imposición del pagaré al prestatario, su libramiento en blanco a favor del prestamista, la finalidad de servir éste de garantía de la operación de préstamo, la forma y condiciones para hacer efectivo el pagaré y los concretos conceptos que van a constituir su complemento posterior se asientan en una condición general de contratación que, vinculada a otras - causas de vencimiento anticipado, el llamado pacto de liquidez-, viene predispuesta y redactada unilateralmente por el prestamista y, todo ello, bajo el anhelo de ser incorporada a la pluralidad de contratos de préstamo que suscribe con sus clientes. Tales notas de predisposición, imposición y uso plural concurren en el supuesto examinado, sin que a ello obste el hecho que la cláusula que justifica la práctica analizada se encuentre impresa y formando parte del propio condicionado general de la póliza de préstamo o aparezca en documento anexo o independiente a la misma. Se haga de una u otra forma, siempre se parte de un formulario predispuesto y redactado por la entidad prestamista bajo la finalidad de ser impuesto a una pluralidad de personas en su propio y exclusivo provecho; circunstancia ésta que en el presente caso llega a constituirse en hecho público y notorio, si tenemos en cuenta la alta cota de conflictividad judicial que la presente práctica bancaria acarrea y donde siempre se parte y concurren las mismas notas definidoras.

El hecho de la apariencia externa de la cláusula, que normalmente se hace firmar en documento independiente no formando parte del condicionado general típico de la póliza de préstamo, tiene su explicación en la idea que el predisponente pretende sugerir al exterior y ello, claro está, en base a una mera apariencia gráfica. Se pretende inducir a una negociación individual y particularizada de la cláusula con el prestatario cuando en realidad tal forma de convenir no existe, al formar parte la estipulación conflictiva de un conjunto de cláusulas impresas y uniformes que se presentan como un reglamento normativo y que han sido elaboradas por el oferente, como parte de un sistema de contratación en masa, al que el prestatario simplemente se adhiere. Aparte de ello, de ser incluida dicha cláusula dentro del condicionado general típico de esta clase de pólizas, donde también se prevé la posibilidad de ejecución del préstamo por las vías legales establecidas, dicha circunstancia, podría hacer que fuera más diáfana la alegación de falta de transparencia y la aplicación de las reglas de interpretación que a favor del adherente vienen establecidas en el artículo 6 de la LCGC para el caso de confrontación, oscuridad o ambigüedad de las estipulaciones no negociadas individualmente. Tampoco debemos desdeñar que los condicionados generales se deben a un control administrativo por medio del Registro de Condiciones Generales de

Contratación que se esquiva mediante esta forma particular de inclusión de la condición general.

La práctica bancaria comentada no se asienta pues en una cláusula individualmente negociada entre un prestamista y un prestatario concreto que requiere, necesita y exige esta peculiar forma de garantizar las resultas del contrato de préstamo, sino que, muy al contrario, su motivación se encuentra en un entramado de condiciones que impuestas por el predisponente, debidamente vinculadas y dado su tráfico en masa han llegado a constituir uso o práctica bancaria habitual en detrimento de los derechos y garantías del cliente-adherente. Aparte de ello, esa presunta necesidad del prestatario en querer establecer este sistema alternativo de ejecución de la póliza de préstamo en favor del prestamista, salvo desinformación que provoque su error obstativo y excusable, sería absurda al no reportarle ninguna ventaja plausible.

Las condiciones generales de la contratación, donde habrá que encuadrar la cláusula descrita al comienzo de este trabajo, vienen definidas legalmente en el artículo 1 de la LCGC en el que se dispone que "son condiciones generales de la contratación las cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos". La cláusula comentada forma parte de un contrato, el de préstamo, que no se encuentra excluido del ámbito de aplicación de la Ley por el artículo 4 de la LCGC y tampoco el contenido material de la misma viene regulado específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y cuya aplicación fuera obligatoria para los contratantes. Es decir, la cláusula no transcribe una norma imperativa (-lo que haría superfluo el control o cuestionar su validez-) sino que, como hemos comentado anteriormente, se opone a normas de orden público procesal indisponible como son las que regulan la nota de la ejecutividad de las pólizas mercantiles.

Lo primero que habrá que advertir cuando firmamos una póliza de préstamo es que el entramado complejo que forman sus estipulaciones viene unilateralmente redactado por la entidad prestamista, lo que supone hallarnos ante verdaderos "contratos de adhesión" que limitan la voluntad y libertad del adherente a la mera aceptación en bloque de todas sus cláusulas que se le ofrecen públicamente a modo de paquete indisponible por la entidad acreedora predisponente. Cuando una persona acude a una entidad de crédito con el propósito o la necesidad de solicitar un préstamo su posición frente a ésta no puede considerarse de manera análoga a la que tendría con respecto a otro sujeto de distinta cualidad personal. Su capacidad de negociación y nivel de información se ven seriamente mermados y es por ello que esa libertad y voluntariedad que pudiera ser predicable de los pactos alcanzados, deba afrontarse con las lógicas reservas o cautelas que impiden "ab initio" afianzarse a un pretendido abanderamiento de la libertad de pacto en el sentido sanador del desequilibrio y la iniquidad contractual.

El cliente bancario, pueda ser catalogado de consumidor o no, cuestión intrascendente a los efectos de este concreto apartado del trabajo, se encuentra preocupado por los aspectos esenciales del contrato relativos al capital que en definitiva se le va a autorizar y conceder, plazo de devolución e interés retributivo que debe reembolsar a la entidad prestamista,

sobre los cuales, en principio, debe recaer y es predicable un consentimiento pleno, totalmente libre y voluntario. No obstante, son proclives a quedar fuera del ámbito de atención del prestatario elementos no menos importantes como son las garantías establecidas para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la póliza, los siempre controvertidos intereses de demora o las diferentes comisiones y gastos establecidos para variadas situaciones fácticas anteriores, simultáneas o posteriores a la perfección del contrato (amortizaciones parciales, posiciones deudoras, cancelación anticipada, comunicaciones, costas procesales, sumisión expresa, etc.), ámbito objetivo éste, que en la práctica resulta abordado por las llamadas condiciones generales de contratación. Así pues, el prestatario, después de acordar con el prestamista los aspectos esenciales del negocio jurídico que pretende, decide acogerse a esta forma de contratación del crédito que se le oferta públicamente, pero lo que no le es dable o factible, una vez tomada dicha decisión, es negociar individualmente las normas accesorias predisuestas por la entidad prestamista respecto de las cuales tan solo le cabe adherirse.

El adherente, como bien distinguen las Sentencias de nuestro Tribunal Supremo de 21/03/2003 (LA LEY JURIS: 12234/2003), 13/11/1998 (LA LEY JURIS: 10496/1998) y 28/11/1997 (LA LEY JURIS: 1188/1998), tiene la libertad de contratar, es decir, la libertad de celebrar o no el contrato en unas determinadas condiciones preestablecidas; lo que no ostenta, respecto a estas condiciones, es de libertad contractual strictu sensu, es decir, entendida como libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente. En palabras del profesor D Luis DIEZ-PICAZO 19, "las empresas mercantiles o industriales, mediante esos contratos en masa, imponen a sus clientes un clausulado previamente redactado, de suerte que la única posibilidad que a la otra parte le resta es la de prestar su adhesión o rehusar [...] De hecho, la libertad de iniciativa individual y la autonomía de la voluntad de ambos contratantes se encuentran en este tipo de contratos de algún modo restringidas, el contrato no es ya una regla de conducta, obra común de ambas partes contratantes, sino que una de ellas tiene que limitarse a aceptar -o en su caso rechazar- el único contrato posible".

Debemos concluir, por lo tanto, que la forma de garantizar la operación de préstamo (o más correctamente, de hacer ejecutiva la póliza) no obedece al producto de una negociación particularizada entre el prestamista y prestatario sino que, más bien, tal operatoria tiene su explicación lógica dentro del fenómeno conocido de los contratos de adhesión. Como establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Diciembre del 2.002 (LA LEY JURIS: 11030/2003) en relación a los contratos de adhesión, la doctrina se pronuncia en el sentido que la producción de bienes y servicios en masa y la homologación de conductas de usuarios y consumidores, según patrones miméticos, junto con las necesidades de simplificación y normativización que imponen las organizaciones empresariales a la que no son ajenas prácticas que se desarrollan por la posición preeminente que ocupan en el mercado, ha propiciado y extendido, con carácter general, la contratación sujeta a contenidos del contrato tipificados que limitan la voluntad del contratante a la mera aceptación o simple adhesión al contrato que se ofrece por la parte llamada, por ello, predisponente. La libertad en este caso del contratante precisado de aquellos bienes o servicios se reduce a la prestación del consentimiento careciendo, por regla general (aunque no siempre ocurre así), de posibilidades reales de negociación del contenido de las condiciones del contrato. Surgen de este modo, las "condiciones generales", es decir, las

impuestas por una de las partes contratantes a la otra, redactadas con carácter general, para todos los contratos de una misma clase, y que, en principio, tienden a favorecer a la parte que las impone. Estas nuevas realidades sociales que son hoy lugar común en el tráfico jurídico dejan, a veces, mal parada la libertad de contratación por lo que el derecho ha establecido mecanismos compensatorios, ora sea mediante la declaración de las cláusulas oscuras no perjudiquen a la que se denomina "parte débil" del contrato, ora sea mediante sistemas de declaración de nulidad por abusivas de las condiciones generales."

En definitiva, las condiciones generales de los contratos, inmersas en los llamados contratos de adhesión, en la medida que suponen cláusulas que se incluyen en todos los contratos que una sola parte redacta e impone a todo aquél que quiera celebrarlos, representan una grave limitación al principio de autonomía de la voluntad y, es por ello, por lo que ha sido necesaria la promulgación de un importante cuerpo legislativo en toda Europa del que destaca la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Dicha normativa no nació con la intención de coartar o prohibir las llamadas condiciones generales de la contratación (ni tan siquiera su propósito fue regularlas dado que su ámbito legal se circunscribe a las cláusulas abusivas en las relaciones habidas entre un profesional y un consumidor) sino que su finalidad fue el establecimiento de su control bajo el objeto de impedir un ejercicio abusivo de las mismas. La tardía transposición de la anterior directiva comunitaria a nuestro Derecho dio como resultado nuestra actual Ley de Condiciones Generales de la Contratación (Ley 7/1998, de 13 de abril) y, en virtud de ella, fue adaptada la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984, de 19 de julio) mediante la modificación de su artículo 10 y la inclusión del art. 10.bis y su Disposición Adicional Primera. Recientemente ha seguido una nueva transposición de directivas comunitarias en materia de consumo y así, la Ley 39/2002, de 28 de octubre, ha determinado la inclusión de los nuevos arts. 10 ter. y 10 quater de la LGDCU.

Nadie discute la validez del contrato de adhesión, pero lo que es indudable es la existencia de un control debidamente legalizado que cumple una función tuitiva a todos los niveles y ello en la medida que tiende a evitar que una de las partes sufra perjuicios que no deben tolerarse en Derecho; control éste del que la propia práctica bancaria comentada, bajo un falso abanderamiento de la libertad contractual, se aleja y se opone por concepto.

Examinada la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (Ley 7/1998) he de concluir que la merma que las condiciones generales provocan en la libertad de contratación queda compensada con el cumplimiento de una serie de requisitos legales, siendo en principio dato intrascendente la cualidad personal del adherente, es decir, pueda o no catalogarse a éste de consumidor. La anterior afirmación se sustenta en el enunciado del artículo 2 de la LCGC donde se define el ámbito subjetivo de la misma estableciéndose que será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica -adherente-, entendiéndose por profesional a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada y, puntualizándose, que el adherente podrá ser también un profesional sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad.

Esta amplitud subjetiva, criticada por algunos tratadistas que apelan a una duplicidad protectora deficientemente legislada, supone el establecimiento de dos niveles de protección jurídica diferentes que, yuxtapuestos, lejos de repelerse se complementan adecuadamente.

Una de las vías compensatorias de la situación objetiva desigual que provocan las condiciones generales de contratación viene instituida por las reglas de interpretación de las mismas que se establecen en el artículo 6 de la LCGC. Dichas reglas, en una esfera particular y bajo el principio de conservación del negocio jurídico regulado bajo dichas condiciones generales, se aplican en los supuestos de contradicción entre estipulaciones o en los casos de oscuridad o ambigüedad de las condiciones generales de la contratación establecida. En cierta forma, pudiera decirse que funcionan a modo de sanción para el predisponente que vulnera su deber inexcusable de ser transparente, claro, sencillo y concreto a la hora de redactar las condiciones generales de un determinado contrato que dirige a una pluralidad de personas y que a nivel legal viene establecido en el apartado quinto del artículo 5 de la LCGC.

Tales reglas de interpretación tienen virtualidad práctica desde una esfera puramente individual y contextual concreta, es decir, resultarían esgrimibles por el adherente, vía acción o excepción, que achaque contradicciones entre las distintas cláusulas que regulan su contrato y/o advierta oscuridad o ambigüedad en la redacción de las mismas. Lo anterior no es más ni es menos que una consecuencia legalmente establecida para el caso que el predisponente vulnere el deber de transparencia con el que debe dotar a la redacción de sus cláusulas si es que verdaderamente quiere que éstas, formando parte del contrato regulado de esta forma, alcancen los efectos jurídicos pretendidos.

A este respecto, dispone el artículo 6 de la LCGC lo siguiente: 1. Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán éstas sobre aquéllas (-regla de prevalencia-), salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares. (-regla de condición más beneficiosa-) 2. Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente. (-regla contra proferentem-) 3. Sin perjuicio de lo establecido en el presente artículo, y en lo no previsto en el mismo, serán de aplicación las disposiciones del Código Civil sobre la interpretación de los contratos.

Véase que a este primer nivel de control del contenido de las cláusulas predisuestas no se está exigiendo del predisponente que sea equilibrado y justo (principio de reciprocidad de las prestaciones) o que no vulnere la confianza que ha depositado el adherente en él (principio de buena fe contractual); lo que se le está solicitando y exigiendo es que sea transparente y claro a la hora de establecer las condiciones generales procurando no caer en contradicciones o ambigüedades, deber éste que no es recomendación legal sino que se torna en exigencia bajo unas concretas consecuencias jurídicas que a modo de reglas interpretativas subsidiarias funcionarían en caso de trasgresión de ese deber originario.

Con independencia de lo anterior, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación también establece un control para la inclusión de las condiciones generales dentro del

entramado contractual que se pretenda suscribir y, en este ámbito, distinto del anterior, lo que trata de proteger ya no es la transparencia de las cláusulas sino el derecho a la información del adherente sobre las mismas. De nada serviría ser transparente si dicha nota no se traslada de una manera eficiente al exterior. Dicho de otro modo, el predisponente, si quiere que las condiciones generales de la contratación tengan la eficacia que pretende, no solo debe transparencia en su redacción sino que ha de asegurarse que la persona a la que van dirigidas ha obtenido una información suficiente sobre las mismas o, al menos, ha tenido la oportunidad real de conocerlas de una manera completa. De esta forma, y con independencia que en otros ámbitos contractuales y por razones subjetivas se imponga un control más estricto (ejemplo de ello lo tenemos en la Ley de Créditos al Consumo), el apartado primero del artículo 5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación establece que "las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas. No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas."

Dichos requisitos de control de contenido e inclusión de la condiciones generales no funcionan a modo de "meras formalidades sanadoras" dado que interpretar los mismos de dicha manera sería tanto como reforzar la posición de la parte predisponente que acudiendo a unas normas de redacción más o menos inteligibles para un nivel medio de la ciudadanía y/o fórmulas estereotipadas en todos sus contratos -alusiones al perfecto conocimiento del adherente y a la entrega de ejemplares del contrato-, vería reforzada su posición de superioridad y la única ventaja que podría sacarse en provecho de la parte adherente es que, a partir de ese lógico y sensato proceder, podría ser más consciente del hecho que puede ser atacado en sus legítimos derechos. La vulneración de tales normas, como veremos más adelante, da lugar a que la condición general o cláusula predispuesta cuestionada, en la esfera individual existente entre predisponente y adherente, pueda tenerse por no puesta y/o pueda ser declaradas nula, todo ello, bajo el mantenimiento de los efectos del negocio jurídico principal en el que se encuentren inmersas, si es que éstas no son trascendentales, es decir, si es que el negocio jurídico formalizado puede subsistir sin ellas.

Aparte de la obligación del predisponente de ser transparente en la redacción de las condiciones generales de contratación y de asegurarse que las mismas sean debidamente informadas al adherente, resulta obvio que dichas estipulaciones predispuestas han de ser lícitas, no pudiendo ir en contra de la ley de naturaleza imperativa. A este respecto habrá que puntualizar que aunque todas las normas gozan de imperatividad, en el sentido que su obligatoriedad está garantizada por la voluntad soberana del Estado, no todas las reglas son imperativas. Lo son solo aquellas que se imponen de forma absoluta a la voluntad de los particulares, sin que éstos puedan modificarlas, es decir, las llamadas normas de derecho necesario. Se contraponen al anterior concepto las normas dispositivas en el sentido que los particulares las pueden aplicar acogiéndose a ellas o pueden sustituirlas por lo que entre ellos convengan, es decir, normas de derecho dispositivo. Pues bien, dicho lo anterior, a través de las condiciones generales de la contratación se puede disponer en contra de lo establecido en normas de derecho dispositivo, lo que no podrán nunca las mismas es transgredir normas de derecho necesario.



Una condición general de contratación, si supera los controles de transparencia y nivel de información a los que anteriormente he aludido, podrá regular una situación en contra de lo dispuesto en una norma jurídica de naturaleza dispositiva y ello con plenos efectos jurídicos.

Un ejemplo de ello lo tenemos en "el pacto de anatocismo" (intereses sobre intereses) que de forma habitual viene establecido en las condiciones generales de las pólizas de préstamo. El artículo 317 del Código Comercio señala que los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses; no obstante el párrafo segundo de tal precepto indica, por su parte, que los contratantes podrán sin embargo capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que, como aumento de capital, devengarán nuevos réditos. Sabido es que no existe contradicción en la dicción normativa del indicado precepto, en tanto en cuanto el inciso primero del mismo lo que prohíbe el anatocismo legal o de producción ope legis, pero no el convencional, fruto de la autonomía de la voluntad de los contratantes (STS 8/11/1994 -LA LEY JURIS: 14131/1994-). Se podrían poner más ejemplos como el carácter no mancomunado sino solidario de las obligaciones asumidas cuando son varios los prestatarios y, otros muchos más, que de ordinario vienen establecidos a modo de condición general en las pólizas de préstamo.

Lo que indudablemente no podrá hacerse a través de las condiciones generales de contratación es tratar de disponer sobre normas de carácter procesal como son las que regulan los requisitos y presupuestos de la acción ejecutiva derivada de los contratos mercantiles asentados en la ficción que supone el llamado "pacto de liquidez", dado que ello, supondría un acto de disposición no permitido y en este caso de carácter fraudulento, expresamente prohibido, que contraria normas de naturaleza imperativa o de ius cogens y que, por tanto, ha de reputarse nulo de pleno derecho sin que pueda colegirse del mismo ningún efecto jurídico. (art. 6.3 CC y art. 8.1 LCGC). Dicho de otra forma, el llamado pacto de liquidez que supone una autorización al acreedor para la determinación unilateral del saldo deudor a los solos efectos del despacho de ejecución en unos determinados términos y parámetros procedimentales y que deriva de obligaciones esencialmente ilíquidas por prescripción legal (art. 517.2-5, 572.2, 550 y 573 L.e.civ.), no puede utilizarse de base o sustento para el complemento de un título ejecutivo, el pagaré, distinto de la póliza mercantil intervenida por fedatario público, y que se rige por unas normas procesales totalmente diferentes y distantes.

Por su parte, habiendo hecho ya mención al control de contenido (transparencia), de inclusión (adecuada información) y de legalidad (no ir contra norma de ius cogens) que deben superar tales condiciones generales de contratación es, la propia ley, la que establece unos concretas consecuencias para el supuesto de vulneración de sus normas y que pasan por la declaración de no incorporación al contrato de dichas condiciones generales o su declaración de nulidad y, de esta forma, el artículo 7 de la LCGC dispone que no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5. b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por

el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

Por su parte, el artículo 8.1 de la LCGC establece que "serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención"

Si los arts. 7 y 8 de la LCGC regulan la posibilidad de tener por no puesta o declarar nula una determinada condición general de la contratación que vulnere sus normas jurídicas; el artículo 10 de la LCGC, por el contrario, regula una segunda clase de efectos establecidos a un segundo nivel de incidencia, es decir, en relación al negocio jurídico principal donde se hallen establecidas dichas condiciones que se deban tener por no puestas o ser declaradas nulas.

A estos efectos, y como una ventaja más para la parte adherente, se parte del "principio de conservación del negocio jurídico", y de esta forma, el artículo 10. 1 de la LCGC dispone que: "La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia."

Por último, el artículo 10.2 de la LCGC, en el caso que sea posible la conservación del negocio jurídico, remite a las reglas generales de interpretación de los contratos (arts. 1.258 y 1.281 y ss CC) en orden a necesaria labor integradora y así se dispone que: " La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo.", situación ésta que no obsta, claro está, la aplicación de lo ya expuesto anteriormente con respecto a las normas de interpretación de las condiciones generales que vienen establecidas en el artículo 6 LCGC para los casos de contradicción entre estipulaciones (regla de prevalencia o de condición más beneficiosa) y oscuridad u ambigüedad de las mismas (regla contra proferentem)

Sobre esta amalgama de normas jurídicas, centrándonos en la condición general de contratación cuya dicción literal obra transcrita en el epígrafe segundo de este trabajo y dejando a un lado la cualidad personal del adherente, es decir, pueda ser o no catalogado de consumidor, he de realizar las siguientes puntualizaciones:

Dicha condición general se tendrá por no puesta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la LCGC si al adherente no se le otorga la posibilidad real de conocerla en toda su extensión al tiempo de la celebración del contrato de préstamo. Recábase que el precepto mencionado habla de "oportunidad real de conocer de manera completa". Ya no es solo que el predisponente recabe en sus oficinas la firma del adherente y le facilite un juego de copias del contrato de préstamo, cláusula adicional y pagaré librado. Lo relevante es que el adherente quede enterado de lo que realmente firma, de las razones que le llevan a dicho compromiso y de sus consecuencias jurídicas al momento de la formalización del contrato y, dicha circunstancia, que puedo asegurar que en el 100% de los casos no concurre, encaja ciertamente mal si lo que se pretende con esta maniobra es precisamente dotar de

ejecutividad al préstamo prescindiendo de la intervención del fedatario público en las pólizas que lo documentan y, más concretamente, por lo que aquí interesa, de las funciones de información, asesoramiento previo y control de legalidad inherentes a la función notarial.

Dicha condición general se tendrá también que tener por no puesta si, aún pactándose al margen del condicionado general de la póliza de préstamo, es decir, en documento anexo a la misma, sin embargo, su contenido fuera contradictorio, oscuro o ambiguo, en relación con el sistema de ejecución pactado en la póliza a través de otras condiciones generales que, ya adelanto, en la inmensa mayoría de los contratos de préstamo bancarios analizados, ya sean éstos a interés fijo o variable, remiten al sistema que para la ejecución viene establecido en los arts. 517.2. 5º, 550, 572 y 573 L.e.civ., como además, no podría ser de otra forma. En estos casos, el adherente, se encuentra con la estipulación en un mismo título de dos sistemas de ejecución distintos que resultan contradictorios entre sí, el primero, que conoce por una redacción de las condiciones generales que le reportan las garantías establecidas en la L.e.civ. y, el segundo, cuya virtualidad jurídica es incapaz de entender y que se desdice las anteriores prebendas legales.

Es precisamente un inadecuado cumplimiento del derecho de información y la ausencia de transparencia que determina la ambigüedad u oscuridad de las cláusula cuestionada, y que únicamente el predisponente provoca con su conducta, la que debe ser examinada y conllevar que se opte por la solución más beneficiosa para la parte adherente que, en este caso, bajo conservación del negocio jurídico de préstamo suscrito, no puede ser otra que la de predicar la ausencia de fuerza ejecutiva de la póliza y la imposibilidad de ejecutar el pagaré, dado que sería de todo punto anómalo, a la par que absurdo, que una póliza de préstamo además de estar intervenida por fedatario público estableciera de forma acumulada este segundo sistema de ejecución. (arts. 6.2 LCGC y 1288 CC)

Lo anterior determina que cualquier adherente, ya sea consumidor o no lo sea, pueda impugnar la referida estipulación general, vía acción o excepción, y ello en base a lo dispuesto en los arts. 7 y 10 de la LCGC, que parten de una interpretación circunstanciada de la condición general, es decir, relacionando la misma con el resto de circunstancias habidas a la hora de contratar y condiciones del contrato de préstamo. No es, ni puede ser, sin embargo, éste el ámbito de las acciones colectivas de cesación dado que las mismas deben partir de una interpretación objetiva de la cláusula y el profesional-predisponente no podrá defenderse frente a las mismas alegando la aplicación de la regla de la condición más beneficiosa puesto que ello deshabilitaría la funcionalidad de dicha acción colectiva que es la prohibición de las cláusulas oscuras que puedan ser susceptibles de ser declaradas abusivas. En este sentido, cabe hacer mención a la importantísima Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea de fecha 9 de Septiembre del 2.004 (LA LEY JURIS: 1777771/2004) que nos obligará a una nueva reforma de nuestro ordenamiento jurídico en este sentido, adaptando adecuadamente el mismo a lo dispuesto en los artículos 5 y 6.2 de la Directiva 93/13/CEE.

Por otro lado, con independencia de lo anterior, también habrá que afirmar que:

Dicha condición general, en todo caso, habría de estimarla nula de pleno derecho de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.1 de la LCGC en la medida que con su suscripción lo que se pretende, en claro perjuicio del adherente, es disponer y transgredir las normas imperativas que para la ejecutividad de los contratos mercantiles vienen establecidas en nuestra Ley Procesal Civil (arts. 517.2. 5º, 550, 572 y 573 L.e.civ.) y sobre las que ya he efectuado mi análisis en el epígrafe referente al fraude de ley.

Lo anterior determina que cualquier adherente pueda impugnar dicha estipulación partiendo de una interpretación tanto circunstanciada como abstracta de la misma. En este caso, además, también sería viable la impugnación de la condición general mediante las llamadas acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa que vienen establecidas en los artículos 12 y siguientes de la LCGC y que parten de una interpretación concreta, típica, literal u objetiva de las condiciones generales. Digo lo anterior porque ya se haga una interpretación circunstanciada, es decir, teniendo en cuenta el resto de extremos particulares y condiciones del préstamo; o abstracta, es decir, apelando tan solo al tenor literal y sentido objetivo de la condición general cuestionada, ello nos debe llevar al mismo resultado práctico, es decir, la nulidad de pleno derecho por contravenir normas de naturaleza imperativa como son las reglas procesales que regulan la ejecutividad de los contratos mercantiles.

Por último, habrá que tener en cuenta que en el ámbito de las condiciones generales de contratación no concertadas con consumidores [entendiendo por tales únicamente a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional], es a mi juicio totalmente inoperante el achaque de un pretendido abuso de confianza por parte del predisponente que lleve a un juicio particular de desequilibrio en las prestaciones negociales, dado que lo que la ley tutela, en este espectro de protección jurídica, es que se respete el derecho a la información del adherente, la transparencia de las cláusulas y que no se vulnere la legalidad no dispositiva, estableciendo vías de reacción óptimas para ello a través de las acciones individuales y colectivas legalmente establecidas.

Gráficamente podríamos decir que estamos ante tres círculos concéntricos de protección jurídica que, lejos de repelerse, se coordinan o yuxtaponen. De un lado estarían las normas civiles y mercantiles que regulan la nulidad de los contratos privados aplicables a todo tipo de relaciones y sujetos; de otro lado, estarían las normas que regulan el fenómeno de las condiciones generales de contratación en el que la cualidad personal del adherente puede ser cualquiera y donde lo que se protege es la transparencia de las cláusulas, el derecho a la información óptima del adherente y la legalidad no dispositiva y, por último, las relaciones entre un profesional y los consumidores en lo atinente a las cláusulas contractuales abusivas donde lo que se tutela, además de todo lo anterior que se exige con una mayor crudeza, es que el resultado de la negociación se atempere a las normas de la buena fe contractual, no causando detrimento al consumidor y manteniendo el equilibrio de las prestaciones o la equidad del contrato.

Aclarado lo anterior, se explica la diferencia conceptual entre "condición general de contratación" y "cláusula contractual abusiva", adquiriendo verdadero significado y alcance lo previsto en el párrafo segundo del artículo 8 de la LCGC donde se establece que: "En

particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y Disposición Adicional Primera de la LGDCU."

#### X.- EL DERECHO A LA CORRECTA INFORMACIÓN Y TRANSPARENCIA DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES TRABADAS CON LOS CONSUMIDORES.

Más diáfano puede parecer el discurso jurídico cuando esta práctica bancaria se afronta desde el prisma de los derechos y garantías establecidos a favor de los consumidores y usuarios, ello en la medida que el artículo 51 de la Constitución Española obliga a los poderes públicos a garantizar la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y sus legítimos intereses económicos; promoviendo la información y educación de los mismos, fomentando sus organizaciones y oyendo a éstas en las cuestiones que puedan afectarles. Por su parte, el artículo 9.2 de la Carta Magna establece que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Tal proclama defensiva de tan loables intereses, no constituye ni puede ser entendida como una mera norma pragmática que limite su eficacia al campo de la retórica política o de la inútil semántica propia de las afirmaciones demagógicas. Las declaraciones constitucionales no son adagios gastados por el tiempo, ni una contraseña vacía de sentido. Por el contrario, son principios vivos de manera que es indudable que tienen valor normativo y vinculan a todos los poderes públicos a hacerlos eficazmente operativos.

En el anterior apartado he tratado de examinar el fenómeno que constituyen las condiciones generales de la contratación desde una perspectiva global, es decir, sin tener en consideración la cualidad personal del adherente; en otras palabras, de las personas a las cuales van dirigidas las cláusulas predisuestas. Resulta palmario que cuando la relación jurídica se traba con un consumidor los controles y exigencias legales se intensifican y, de este modo, formando parte la cláusula cuestionada de un préstamo personal, habrá que analizar las garantías y derechos del consumidor desde esa concreta perspectiva y fórmula de contratación.

A nivel general, el deber de transparencia en la redacción de las cláusulas contractuales que tienen vocación de regir las relaciones trabadas con los consumidores se deben a lo dispuesto en el art. 10.1 a) y b) de la LGDCU según la cual: "Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en

todo caso, deberán hacerse referencia expresa en el documento contractual. b) Entrega, salvo renuncia expresa del interesado, de recibo justificante, copia o documento acreditativo de la operación, o en su caso, de presupuesto debidamente explicado. (...)” La regla contra proferentem que sería capaz de sancionar conductas poco transparentes y resolver cuestiones de interpretación de las cláusulas a favor del adherente (art. 6.2 LCGC), también está presente y es aplicable a las relaciones individuales trabadas con los consumidores y usuarios. (art. 10. 2 LGDCU)

Como se podrá comprobar, el enunciado de tales requisitos de transparencia si bien es más completo o detallado que el estipulado para las condiciones generales de la contratación (arts. 5-1 y 5-5 LCGC) y va dirigido a todo tipo de cláusulas contractuales - no solo las predisuestas-, no varía en mucho del regulado en dicha sede en términos más generales o menos explícitos. Existe, por lo tanto, una duplicidad de ámbitos protectores sobre una misma materia y lo único que varía es la cualidad subjetiva del beneficiario de la misma que, como hemos comprobado, se exige con una mayor contundencia cuando la relación jurídica se traba con un consumidor o usuario.

Dicho deber de transparencia es el correlativo lógico a un derecho tan básico para el consumidor como es el que constituye "la información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación y divulgación, para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute." (art. 2.1. d) LGDCU).

El derecho de información del consumidor debe ser valorado de manera conexas al de la transparencia en la redacción de las cláusulas y no solo incluye este último aspecto, dado que de nada serviría una redacción clara, sencilla y unívoca de las estipulaciones si el consumidor, persona débil por concepto, no es capaz ni tan siquiera de intuir su verdadero significado y alcance. Es por ello, que dicha información en muchos aspectos de la contratación privada venga reglada por la ley de forma expresa, sea a modo de prohibiciones acerca de lo que no se puede convenir o predisponer, sea a través de la regulación de un contenido mínimo y necesario que en todo caso habrá de formar parte de la relación jurídica trabada con el consumidor (ejemplo de ello lo tenemos en la Ley de Crédito al Consumo) y, por si lo anterior no fuera suficiente, el consumidor también tiene reconocido otro derecho básico que puede ser esgrimido en cualquier momento como es "la protección jurídica, administrativa y técnica en las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión" (art. 2.1. f) LGDCU).

La protección jurídica de los consumidores pasa, necesariamente, por un intervencionismo estatal que se hace cada vez más necesario en la regulación de ciertas relaciones privadas conflictivas y que engloba multitud de aspectos diversos. En el ámbito de la contratación privada, la intervención de los fedatarios públicos y el control judicial de las cláusulas contractuales resulta, a mi juicio, trascendental. Ambos aspectos forman parte de un engranaje protector y vienen reconocidos en la LGDCU.

El artículo 10.6 de la LGDCU dispone que: "Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro

de Condiciones Generales. Los Notarios, los Corredores de Comercio y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, informarán a los consumidores en los asuntos propios de su especialidad y competencia."

Con respecto al control judicial, el mismo resulta indudable e indiscutible, pasando a constituir una garantía más para el consumidor que siempre contará con el auxilio judicial en las demandas que contra el mismo se interesen; incluso, admitido está, sin paliativos de ningún tipo, que su actuación no precisa del principio de instancia rogada y así, en materia de cláusulas abusivas a consumidores, la importante Sentencia dictada por el Pleno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea de fecha 27 de junio del 2000 (LA LEY JURIS: 9507/2000) establece que: "la protección que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 Abr. 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores otorga a éstos implica que el Juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le haya sido sometida cuando examine la admisibilidad de una demanda presentada ante los órganos jurisdiccionales nacionales."

Tales derechos, no pueden considerarse meramente panfletarios, sino que muy al contrario la trasgresión de los mismos, por cualquier tipo de vía o ardid, dará lugar a la ineficacia jurídica de aquellas conductas que pretendan conculcarlos. De esta forma, el artículo 2.3 de la LGDCU dispone que: "la renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes y servicios es nula. Asimismo son nulos los actos realizados en fraude de esta Ley, de conformidad con el artículo 6 del Código Civil".

A mayor abundamiento, el art. 2.2 de la LGDCU garantiza que "los derechos de los consumidores y usuarios serán protegidos prioritariamente cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado" y, resulta que los servicios bancarios y financieros, en la perspectiva de nuestra sociedad actual, están incluidos dentro del marco de dicha protección prioritaria que resulta esencial, tal y como además viene recogido expresamente en el catálogo de bienes o servicios al que hace referencia el Real Decreto 1057/2000, de 1 de septiembre.

Respecto a los servicios bancarios y financieros relacionados con los consumidores, necesario resulta el tener que remitirse a nuestra vigente Ley de Créditos al Consumo (Ley 7/1995, de 23 de marzo) que supuso la incorporación al Derecho español de la Directiva 87/102/CEE, (modificada por las de 90/88/CEE y 97/7/CEE) relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de créditos al consumo, donde se refuerza enormemente la posición del consumidor frente al profesional dedicado a los servicios bancarios o financieros. El derecho de información del consumidor y el deber de transparencia del empresario se elevan a un grado inimaginable años atrás y ello hasta el punto de establecerse el carácter imperativo de las normas jurídicas que desarrollan tal derecho-deber al predicarse que "no serán válidos, y se tendrán por no puestos, los pactos, cláusulas y condiciones establecidos por el concedente del crédito y el consumidor contrarios a lo dispuesto en la presente Ley, salvo que sean más beneficiosos para éste." (art. 3 LCC). Lo anterior significa que la trasgresión de dichas normas de transparencia e información que se le han de proporcionar de forma

necesaria al consumidor determinará, sin más, es decir, sin tan siquiera tener que valorar ninguna otra circunstancia, la aplicación del "principio del favor consumidoris" que además se llega a concretar en dicha normativa. Dentro del marco objetivo de dicha norma especial, indudablemente, se encuentran los préstamos personales dentro de los cuales se inserta o anexa la cláusula que es objeto de este trabajo. (art. 1.1 LCC)

En base a todo lo anteriormente expuesto, entiendo que la práctica bancaria comentada y la cláusula contractual en la cual se sustenta, vulneran abiertamente el principio de transparencia que debe guardarse en las relaciones trabadas entre los profesionales de los servicios financieros con los consumidores, al tiempo que el derecho de información y protección jurídica de éstos últimos se ve injusta y notoriamente mermado. Digo lo anterior porque, ya no es solo que al consumidor se le presente una cláusula que no comprende, la misma pueda resultar ambigua o incluso contradictoria con el resto de condiciones que de ordinario se plasman en este tipo de pólizas mercantiles, lo fundamental, es que se le imposibilita el que la pueda llegar a conocerla en toda su extensión y para los concretos efectos en que resulta predisposta (ejecución de la póliza de préstamo por vía ilegal) y que revelan un único interés, el de la parte predisponente.

La no intervención del fedatario público en la misma impide que el consumidor sea debidamente informado de sus derechos y ese primer control de legalidad al que la póliza estaría afecta se difumina y escapa bajo el mantenimiento de la nota de ejecutividad del contrato. Es precisamente la fuerza ejecutiva de la póliza, obtenida por vía irregular, la que tampoco facilita la posibilidad de una justa y adecuada reacción judicial, no solo frente a la cláusula cuestionada sino frente a cualquier otra que pudiera resultar abusiva o contraria al deber de transparencia y adecuada información que en estos tipos de contratos viene exigido por la ley.

Sabido es que en el trámite del procedimiento de juicio cambiario al que se remite la práctica bancaria, únicamente resulta preceptiva la incorporación del pagaré y ello impide el examen previo de la póliza de préstamo y de todas sus circunstancias inherentes por parte de los órganos judiciales y, por ende, la posibilidad de una reacción ex officio frente a sus estipulaciones. Se coarta, por lo tanto, un segundo control de legalidad de la póliza.

Así pues, en la medida que tal cláusula implica, tácitamente, la renuncia de derechos legalmente reconocidos al consumidor y, en concreto, el derecho a la transparencia de las cláusulas contractuales, el derecho a una adecuada y real información sobre las mismas y se aparta también y excluye las garantías que para el consumidor suponen los controles administrativos y judiciales legalmente establecidos, la misma habrá de reputarse nula de pleno derecho y, todo ello, sin tan siquiera tener que entrar a valorar el carácter abusivo de la estipulación cuestionada, es decir, sin entrarse a valorar si la misma vulnera la buena fe contractual y el equilibrio de las prestaciones en detrimento del consumidor, cuestión ésta, que paso a abordar en el siguiente epígrafe de este trabajo.

**XI.- LA PROTECCION DEBIDA A LOS CONSUMIDORES DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.**



La Ley de Condiciones Generales de Contratación (Ley 7/1998, de 13 de abril) que significa una tardía transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, introduce mediante la redacción del artículo 10 bis de la LGDCU un concepto de cláusula contractual abusiva según el cual tendrán dicha consideración "todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio de consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato"

Después de establecer tales trazos generales que implican y suponen poner el acento en la vulneración de los principios de buena fe y equilibrio contractual a modo de regla general prohibitiva, se acoge una norma interpretativa del concepto jurídico que obliga al examen particular de cada supuesto al disponerse que "el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa".

No obstante lo anterior, la ley protectora de los consumidores no se detiene en esos postulados estableciendo un simple "concepto jurídico indeterminado" que pudiera ser la fuente de múltiples y dispares interpretaciones subjetivas y, para ello, intensifica su esfuerzo e intenta facilitar la labor del intérprete mediante la inclusión en su Disposición Adicional Primera de una lista de veintinueve cláusulas o estipulaciones que, a modo de mínimo y por su carácter objetivamente perjudicial, han de tenerse siempre por abusivas. (presunción iuris et de iure de abusividad).

Aunque la última afirmación pueda parecer exagerada e incluso va en contra del sentido de la Directiva 93/13/CEE que establece este mismo modelo pero en sentido no vinculante ("pueden ser declaradas abusivas") acudiendo por lo tanto a un sistema de presunciones de carácter iuris tantum; lo cierto y verdad es que la redacción tanto del artículo 10.bis. 1 ("en todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional primera") como de la Disposición Adicional Primera ("A los efectos previstos en el art. 10.bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes") de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como acertadamente comenta CADARSO PALAU remontándose incluso al trámite parlamentario 20, no dejan lugar a la menor duda sobre el carácter vinculante de la lista, lo que ha de afectar, obviamente, a la facultad de interpretación y aplicación de la norma jurídica por nuestros tribunales. Por si lo anterior no fuera suficiente, las alegaciones del Gobierno Español que constan en la Sentencia de fecha 9 de Septiembre del 2.004 dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea (LA LEY JURIS: 1777771/2004) aclaran aún más si cabe esta cuestión al expresarse que "la legislación nacional, que ofrece una protección superior a la prevista en la Directiva, contiene una lista de cláusulas que, en todo caso y sin más requisitos, tendrán carácter abusivo."

No obstante el problema que podría engendrar la opinión sobre una desafortunada técnica legal se difumina y torna en relativa dado que la redacción de la lista de estipulaciones

abusivas no es modelo de concreción y, las mismas, que se citan bajo sanción de nulidad, aparte de no obedecer a un orden o método expositivo lógico y la nota de algunas incongruencias, están llenas de conceptos indeterminados que dan lugar y obligan, a su vez, a efectuar nuevas apreciaciones subjetivas. Ello ha hecho que de las veintinueve estipulaciones citadas en la lista algunas sean tachadas de "negras" y otras de "grises" dependiendo del mayor o menor grado de interpretación subjetiva que las mismas sean capaces de suscitar al intérprete; aunque alguna de ellas, pienso yo, no habría inconveniente para poder tacharla de "colorada" dado el sonrojo o, por el contrario, la desesperación que puede provocar su propia redacción al lector particularmente interesado por su aplicación o descarte. En fin, un galimatías impropio, que más que provocar seguridad jurídica, si eso es lo que se pretendía, fomenta todo lo contrario.

Por otro lado, del hecho que supone la inclusión de una lista de estipulaciones "negras" o "grises" se puede extraer una consecuencia inmediata como es la de considerar que una determinada cláusula o estipulación no por ser habitual en el tráfico jurídico se convalida por ello su validez y eficacia jurídica. Precisamente la lista hace referencia a estipulaciones que son de lo más corriente en el tráfico jurídico y no por ello pasan a ser lícitas cuando colisionan con los derechos de los consumidores. Lo anterior pudiera parecer una perogrullada si no fuera porque alguna que otra sentencia judicial ha asentado la validez de la práctica bancaria que comento y critico, precisamente, en el criterio de la "habitualidad".

Antes de adentrarnos en el concepto de cláusula abusiva conviene puntualizar que su régimen protector es, en principio y sobre el papel, predicable a las relaciones habidas entre un profesional con los consumidores debiendo entender por éstos últimos, tanto a las personas físicas como a las jurídicas que siendo destinatarios finales no adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

Lo anterior no es sino una consecuencia del concepto legal consumidor que se establece en los párrafos segundo y tercero del artículo 1 de la LGDCU y que, tras la transposición de la Directiva 93/13/CEE, se mantuvo inalterado. Dicha definición se aparta de la diseñada en el sistema de protección de la Directiva 93/13/CEE que resulta ser mucho más restringido desde el punto de vista subjetivo y amplio a la hora de conceptuar al consumidor bajo su marco de actuación (acto de consumo) descartando el concepto de "destinatario final". En dicha Directiva se entiende por consumidor a "toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional" (art. 2.b), definiendo posteriormente a la otra parte contractual de la relación con el término profesional y entendiéndolo por tal a "toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada" (art. 2.c). Dado que el sentido de la Directiva 93/13/CEE es armonizar todas las legislaciones europeas en materia de cláusulas abusivas a consumidores nos encontramos con un doble escollo difícil de asimilar, dada la diferente noción subjetiva de consumidor que existe entre la directiva comunitaria y nuestro derecho patrio.

Con respecto al diferente ámbito subjetivo de protección (persona física-jurídica), tal contingencia ha querido ser salvada bajo la alegación que el halo protector de la directiva

comunitaria, más restringido en este aspecto (persona física), no empece que cada Estado miembro provea un régimen tuitivo más amplio y ello podría tener su base en el propio artículo 8 de la Directiva 93/13/CEE según el cual "los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección." Tal interpretación es, a mi juicio, forzada y altamente discutible, puesto que una cosa es dotar de un mayor o menor grado de protección al consumidor (nunca podría ser inferior al de la directiva) y otra, muy diferente, es variar el concepto mismo del sujeto para el cual se dirige la norma armónica, lo que afectará, y de hecho ya está afectando, a la funcionalidad misma del instrumento comunitario. Cierto es que existen resoluciones judiciales que han dotado a una sociedad mercantil del carácter de consumidor a los efectos de aplicación de la normativa referente a las cláusulas contractuales abusivas, y así, las recientes Sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Madrid de fechas 12 de julio del 2.005 -secc. 19ª-(LA LEY JURIS: 2033220/2005) y 4 de junio del 2.002 -secc. 13ª-(LA LEY JURIS: 1226903/2002) confirieron la cualidad de consumidor a una sociedad mercantil, anulando y declarando nulos unos determinados laudos arbitrales sobre el razonamiento de entender abusiva la cláusula de sometimiento a arbitraje que dichas entidades mercantiles tenían concertadas con una empresa de telefonía móvil y ello, por lo que aquí nos interesa, asentando su "ratio iuris" en la regla general prohibitiva establecida en el art. 10 bis y la estipulación 26ª establecida en la Disposición Adicional Primera de la LGDCU. Aunque el fallo de dichas resoluciones en relación a los hechos enjuiciados lo considero del todo punto lógico en la medida que la cláusula de sumisión a arbitraje evidenciaba una situación claramente fraudulenta derivada del monopolio del mismo por empresa vinculada especialmente a la parte suministradora de los servicios de telefonía móvil, no así, sin embargo, la motivación jurídica esgrimida en tales supuestos. Quizás, hubiera bastado con acudir a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación o a las normas civiles que regulan el consentimiento en los contratos para anular de la misma forma el laudo arbitral, todo ello, sin pasar por reconocer la condición de "consumidor" a dos sociedades que, en mi modesta opinión, no la ostentaban.

La "ratio iuris" diferente fue la utilizada por el propio Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 13 de marzo de 1.999 (LA LEY JURIS: 3543/1999) para dar solución jurídica a la cláusula de sumisión expresa entre dos sociedades contratantes que, en principio, no podían ostentar la condición de consumidores. Por otro lado, nuestro Tribunal Supremo, si bien indirectamente sostiene la posibilidad que una sociedad mercantil se configure como "consumidor" a los efectos de beneficiarse de la legislación especial protectora en materia de consumo, no obstante ello, a la hora de aplicar la norma jurídica (art. 1 LGDCU) no son pocos los inconvenientes que existen, lo que hace que se pueda afirmar que dicho reconocimiento legal sea más formal que material. Así, en la STS 16/10/2000 (LA LEY JURIS: 877/2001) no se consideró tal condición de consumidor a una sociedad que adquirió una impresora para su actividad de publicación y no para su mero uso doméstico o personal, sin delimitarse, claro está, qué se entiende por esto último; y en las SSTs 18/06/1999 (LA LEY JURIS: 8637/1999) y 16/12/1989 (LA LEY JURIS: 696/1999) tampoco se estimó la cualidad de consumidor de una Sociedad Agraria de Transformación a consecuencia de la adquisición de unos herbicidas o de la suscripción de un determinado contrato de seguro, estimándose en ambos casos que dicha sociedad no actuaba con un propósito ajeno a su actividad.

Interesante para resolver esta cuestión es la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea de fecha 22 de noviembre del 2001 (-LA LEY JURIS: 2922/2002-) donde dando respuesta a sendas cuestiones prejudiciales acumuladas se falló que: El concepto de "consumidor", tal como se encuentra definido en el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 Abr. 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se refiere exclusivamente a las personas físicas, resolución ésta que fue adoptada a pesar de las alegaciones del Gobierno español afirmando que, si bien el Derecho comunitario considera que las personas jurídicas no son consumidores en el sentido de la Directiva ello no excluiría una interpretación que les confiera la citada calidad o que, argumento que comparte también el Gobierno francés, la definición de consumidor que da la Directiva no excluiría la posibilidad de que los Derechos internos de los Estados miembros, al adaptarse a ésta, consideren a una sociedad como un consumidor. El fallo de la referida resolución se hace propio por nuestro Alto Tribunal y así, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de septiembre del 2004 (LA LEY JURIS: 1777780/2004), aunque de forma tímida o liviana, parece sustentar dicha tesis comunitaria, dado que en su motivación coincide con la jurisprudencia comunitaria en virtud de la cual solo las personas físicas pueden ser catalogados de "consumidores", citando a tales efectos la propia resolución judicial del TJCE antedicha y la Directiva Comunitaria 93/13/CEE.

Lo que quiero dar a entender con lo anterior es que si bien sobre el papel una sociedad mercantil puede ser sujeto especialmente protegido e incluso ser catalogada de "consumidor", será difícil argumentar y justificar que el crédito solicitado por dicha sociedad pueda encuadrarse en un acto ajeno a su actividad mercantil y ello en orden a poder entrar a considerar si la cláusula que habilita la emisión del pagaré en blanco es abusiva o no lo es, ello, claro está, afrontándose el problema que genera tal estipulación, única y exclusivamente, desde la perspectiva jurídica del artículo 10 bis LGDCU.

Con respecto al marco de actuación del consumidor, de dicha regulación diferente, para mayor sorpresa, se hace eco la Exposición de Motivos de la Ley General de Condiciones Generales de Contratación que en su apartado VIII expresa: "En la línea de incremento de protección respecto de los mínimos establecidos en la Directiva, la Ley mantiene el concepto amplio de consumidor hasta ahora existente, abarcando tanto a la persona física como a la jurídica que sea destinataria final de los bienes y servicios, si bien debe entenderse incluida también -según el criterio de la Directiva- a toda aquella persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional aunque no fuera destinataria final de los bienes o servicios objeto del contrato."

Con independencia que crea que el texto de una exposición de motivos no es forma de transponer una directiva comunitaria, en eso creo que todos coincidimos, habrá que estar al sentido de esta última siendo indiferente a los efectos de determinar si una cláusula contractual es o no abusiva, la referencia que en la LGDCU se hace al destino final de los bienes o servicios adquiridos, teniendo relevancia únicamente el hecho que el consumidor actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, si es que concurre en su persona esa doble cualidad personal, ya acabe o no siendo éste el consumidor final de dichos bienes o servicios adquiridos (ejemplo de ello lo tenemos en los regalos a terceros). Respecto a

este último extremo, no dudo que surgirán problemas interpretativos, como por ejemplo el derivado de los contratos que cumplen una doble finalidad privada y profesional, donde la negación de la condición de consumidor dependerá de un problema de prueba sobre la trascendencia de un aspecto sobre el otro. En este sentido y sobre dicha base explicativa conviene dejar citada la reciente Sentencia de fecha 20 de Enero del 2.005 dictada el Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea (LA LEY JURIS: 1238/2005) que si bien ha sido dictada a los efectos puramente competenciales, restringe enormemente el concepto de consumidor en tales casos, habilitando el mismo cuando el uso profesional sea tan marginal hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate, siendo incluso irrelevante a este respecto el hecho de que predomine el aspecto no profesional sobre el profesional.

No obstante, no pretendo, ni por otro lado creo que fuera factible, establecer un concepto unívoco de lo que se debe de entender por consumidor. Tal tarea, ardua y complicada, excedería de los límites del presente trabajo y, además, ello implicaría no solo un estudio laborioso de la normativa comunitaria, sino también de la particular de todos y cada uno de los Estados miembros integrantes y, con respecto al nuestro, incluso habría que hacer mención y análisis de las legislaciones autonómicas. Además el concepto "consumidor" puede variar cuando se aplica a las distintas actividades en las cuales su presencia se hace especialmente digna de protección jurídica, así pues, tampoco caben definiciones en términos generales absolutos o taxativos. En razón de la materia a la que se refiere este artículo, los préstamos personales, quizás sea interesante dejar reseñado el concepto de "consumidor" que se establece de cara a la aplicabilidad de la Ley de Créditos al Consumo (Ley 7/1995, de 23 de marzo) que en su aspecto subjetivo únicamente va dirigido a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional (art. 1.2 LCC); y respecto al marco de actuación, dicha legalidad requiere y reitera que el consumidor suscriba el préstamo para satisfacer necesidades personales al margen de su actividad empresarial o profesional (art. 1.1 LCC), es decir, acerca el marco de protección jurídica que determina dicha ley únicamente a las personas físicas que soliciten financiación para atender actos de consumo.

Pasando a otro tema, cabe apuntar que conforme a la regla general prohibitiva de las cláusulas contractuales abusivas (art. 10.bis LGDCU) para que una estipulación pueda reunir tal naturaleza únicamente resulta necesario que la misma no haya sido negociada individualmente, es decir, que el consumidor no haya influido en su contenido y que la misma haya sido confeccionada en contra de las exigencias de la buena fe causando en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que se deriven del contrato. La transposición de la Directiva 93/13/CEE ha supuesto que el hecho que el consumidor haya podido evitar o no la estipulación sea un extremo totalmente baladí en aras a la interpretación y aplicación de la regla general prohibitiva. Téngase en cuenta que antes de la transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 93/13/CEE, la redacción antigua del art. 10.2 LGDCU, nada condescendiente con el art. 3.2 de la Directiva Comunitaria, tal y como venía reconocido por nuestro Alto Tribunal (SSTS 20/11/1996 -LA LEY JURIS: 5/1997- y 31/01/1998 -LA LEY JURIS: 2223/1998), exigía un requisito añadido como era que el consumidor o usuario "no pudiese evitar este tipo de estipulaciones siempre que quisiese obtener el bien o servicio de que se trate". Ello suponía estrechar el ámbito de protección marcado por la propia Directiva Comunitaria en la

medida que pudiera parecer que solo las situaciones de monopolio eran objeto de protección jurídica y, es por ello, que este requisito no aparece en la actual redacción del artículo 10 de la LGDCU adaptando, como no podía ser de otra forma, el ordenamiento jurídico español a los postulados comunitarios.

La anterior puntualización echa por tierra alguna motivación jurídica que proclive a la validez de la práctica bancaria comentada argumenta, como excusa y para no aplicar la regla general prohibitiva, que el consumidor-prestatario pudo buscar otras vías de garantía del préstamo diferentes a las que se le ofertaban por la entidad de crédito. Resulta obvio que el consumidor, en estos casos, no tiene la carga de averiguar o investigar, entre las distintas entidades bancarias, que condiciones generales de contratación o cláusulas contractuales insertas a contratos de adhesión a particulares se ajustan mejor a sus intereses o derechos individuales, ni tan siquiera esta alegación puede ser objeto de consideración jurídica y, mucho menos, para excluir un concreto marco de protección jurídica que viene impuesto legalmente.

También habrá que aclarar que el régimen jurídico de protección establecido a favor del consumidor es predicable tanto frente a cualquier tipo de condición general de contratación que regule sus relaciones y pueda ser entendida o conceptuada en los términos que dispone el artículo 1 de la LCGC, es decir, propias del tráfico jurídico en masa (cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos) y también frente a cualquier tipo de cláusula o estipulación que regule un contrato de adhesión a particulares, es decir, tal protección también resulta viable en los negocios jurídicos que vengan regulados por estipulaciones no individualmente negociadas por el consumidor y que han sido impuestas por el profesional para un consumidor en concreto o para un determinado grupo de ellos. En definitiva, se prescinde de la nota de generalidad o uso plural de la estipulación centrando el interés en el hecho que la misma no haya sido individualmente negociada, circunstancia ésta última, que habrá de tenerse en cuenta en cuanto supone una protección superior.

Al hilo de lo anterior, significar que los consumidores, atendiendo a su cualidad personal y al objeto de su actuación, ostentan unas garantías añadidas como son la de considerar que aquel profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asumirá la carga de la prueba o que aún en el caso que dicha circunstancia se demuestre con respecto a una cláusula particular o aislada ello no impedirá la aplicación del régimen protector que determinan las cláusulas abusivas al resto del contrato. (art. 10 bis LGDCU). Por otro lado y dado que la legislación protectora de los consumidores frente a las cláusulas abusivas tiene su asentamiento en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas, la apreciación del carácter abusivo de alguna de las cláusulas que regulan la relación jurídica puede ser declarada por el juez sin necesidad de instancia rogada, es decir, es apreciable de oficio. (STJCE Pleno 27/06/2000 LA LEY JURIS: 9507/2000)

Importante también me parece reseñar que la sensibilización que muestra el ordenamiento jurídico por la parte débil del contrato no se percibe de la misma forma cuando se acuerdan o predisponen los aspectos esenciales o básicos del negocio jurídico y respecto de los cuales habrá que entender que la atención del consumidor, salvo desinformación palmaria, no se ha de ver mermada. Además, se concluye, que un intervencionismo legal o judicial llevado a dichos extremos pondría en jaque un correcto funcionamiento de los mecanismos del mercado y de la libre competencia. De esta forma el propio artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone, vía exclusión, que "la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible." Es cierto que el anterior artículo no consta expresamente transpuesto a nuestro ordenamiento, es más, un repaso de nuestra normativa de consumo podría hacer pensar que nuestro Derecho viene establecido por un régimen diferente al comunitario y ello, en puridad, no es ni puede ser entendido de este modo. A mi juicio, el tratar de asentar la naturaleza abusiva de una cláusula principal del contrato, aunque la misma venga predispuesta e incluso podamos decir que haya sido impuesta al adherente-consumidor, en base única y exclusivamente a la regulación jurídica que de las condiciones generales de la contratación o de las cláusulas contractuales abusivas, supone un palmario error del que, además, y ello es importante, ninguna utilidad práctica cabe predicar salvo el desenfrenado acontecimiento de victorias judiciales pírricas que, a corto o medio plazo, provocarán un efecto contrario al que se pretende evitar. Desde la perspectiva de la legislación de consumo, y dentro del marco de protección que brinda el art. 10.bis.1 de la LGDCU, es decir, las cláusulas contractuales abusivas a consumidores, son por lo tanto las condiciones accesorias de la contratación, salvo que las principales sean ininteligibles u oscuras, sobre las que habrá que poner el acento tuitivo para trasladar al mismo el principio de equidad. El régimen jurídico protector al que obedecen las llamadas cláusulas contractuales abusivas excluye el campo reservado a la negociación privada del empresario con el consumidor y, se debe entender, que un aspecto básico o esencial del negocio jurídico debe ser parte integrante de dicha negociación y no debe estar, única y exclusivamente, "individualmente negociado" dado que ello nos llevaría, no a aplicar la normativa de las cláusulas contractuales abusivas, sino a afirmar y poder defender la ausencia o vicio en el consentimiento mismo.

Sobre esta interesante y polémica cuestión, probablemente en sentido opuesto al expresado, nos encontramos con resoluciones judiciales, como la relativa a la nulidad de la cláusula determinativa del precio "por hora o fracción" en los aparcamientos que, sin venir prohibida en la legislación especial que regula la materia (por lo menos, hasta la fecha de este trabajo, dejando a un lado iniciativas legislativas recientemente anunciadas), sin embargo, fue declarada nula por abusiva en virtud de la, Sentencia de fecha 20 de marzo del 2.004 dictada por el Juzgado de Primera Instancia N° 46 de Madrid (LA LEY JURIS: 933/2004), recientemente confirmada por la Iltma. Audiencia Provincial de Madrid que, a mi particular criterio, no puedo entender condescendiente con la anterior regla, compartiendo en este aspecto los argumentos de D<sup>a</sup> Gema DIEZ-PICAZO GIMENEZ 21 y debiendo advertir que si bien la Directiva Comunitaria es de mínimos y permite a los Estados otorgar a los

consumidores de una mayor protección jurídica, ello no autoriza a establecer un modelo distinto al consagrado en ella.

Después de las matizaciones efectuadas, podemos decir que el régimen de protección establecido para los consumidores y la capacidad de reacción instaurada frente a las cláusulas contractuales abusivas que le pudieran serle impuestas, en cierta forma, produce el efecto de lo que se ha venido a denominar por la doctrina la "desprivatización del derecho privado".

Frente a la concepción individualista del contrato basada en el axioma romano "pacta sunt servanta", hemos pasado necesariamente a una concepción social del mismo, más acorde y dinámica con fenómenos económicos propios de nuestros tiempos que ponen en entredicho la propia voluntad contractual y donde la figura del consumidor alcanza unas notas de protección jurídica máximas que hacen que coexistan los tradicionales principios civiles atinentes a las obligaciones y los contratos con un fin constitucional y social como es el de procurar la mayor protección en las relaciones trabadas con los consumidores desde la perspectiva de la buena fe contractual y el imperio del principio de equidad, articulándose para ello medios aptos y eficaces de control y protección jurídica.

Lo anterior no es sino una consecuencia de la asunción en la contratación privada de varios factores, uno de ellos, quizás el más importante, es la existencia de una parte que se encuentra siempre en una situación de inferioridad frente a la otra y que, precisamente por esta razón, se hace acreedora de una cota de protección jurídica más álgida o especial en todos los aspectos. Desde un punto de vista más objetivo y menos culpabilístico, dicha protección jurídica también podría justificarse en fallos del mercado provocados por el fenómeno de la contratación en masa que, aunque asumibles por la ciudadanía dado el mayor beneficio que provoca esta forma de contratación en relación a los perjuicios que acarrea, no obstante, éstos últimos, deben ser atemperados o compensados. Acudiendo al sistema alemán, este régimen protector podrá tener su justificación empírica en base a lo que se ha venido a denominar teoría de los costes de transacción según la cual el consumo de nuestros días tiende a la despersonalización de las relaciones jurídicas, entendiendo esta circunstancia como un costo o gravamen que se ahorran las empresas mediante el sistema de contratación en masa lo que, aún beneficiando al consumidor dada su innegable repercusión en los precios, se admite que no debe estar exenta de control. Se mire como se mire, en lo que todos coinciden, es en la necesidad de proteger al consumidor dotando a éste de derechos y garantías y si bien el modelo legal a establecer puede variar (y de hecho no es el mismo en todos los Estados miembros de la CEE), se parte siempre de dicho denominador común.

Con ese ánimo protector y bajo dichas razones se nos presenta "la regla general prohibitiva" establecida en el artículo 10.bis de la LGDCU, que no es sino una copia casi literal del artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE, lo que ya en sí supone dotar al juzgador de un instrumento muy útil del que en otras circunstancias no dispone de manera tan taxativa o enérgica, condicionado no obstante a la atención de un doble parámetro valorativo basado en la buena fe contractual y en la reciprocidad o equivalencia de las prestaciones.



Con respecto a la buena fe habrá que decir que es un concepto jurídico indeterminado, estando establecida su exigencia en el terreno contractual en base a los predicamentos que se contienen en el artículo 1.258 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial que lo desarrolla y que podríamos concretar, por citar una de muchas, en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de julio del 2.002 (LA LEY JURIS: 10047/2003) que establece que "la buena fe a que se refiere el artículo 1258 es un concepto objetivo, de comportamiento honrado, justo, leal (SS 26 Oct. 1995, 6 Mar. 1999, 30 Jun. y 20 Jul. 2000, entre otras) que opera en relación íntima con una serie de principios que la conciencia social considera como necesarios, aunque no hayan sido formulados por el legislador, ni establecidos por la costumbre o el contrato (S 22 Sep. 1997). Supone una exigencia de comportamiento coherente y de protección de la confianza ajena (SS 16 Nov. 1979, 29 Feb. y 2 Oct. 2000); de cumplimiento de las reglas de conducta insitas en la ética social vigente, que vienen significadas por las reglas de honradez, corrección, lealtad y fidelidad a la palabra dada y a la conducta seguida (SS 26 Ene. 1980, 21 Sep. 1987 y 20 Feb. 2000)".

Aplicado el anterior concepto a la problemática que suscitan las estipulaciones o condiciones no individualmente negociadas supone admitir de manera irremediable que, por razones del mercado, una de las partes (-consumidor-) se pone en manos de la otra parte contractual (-profesional-) en quién confía y delega en orden al establecimiento de las condiciones que van a regular una determinada relación jurídica que desea suscribir. En tales circunstancias, si el profesional quiere no transgredir el principio de buena fe contractual, deberá no solo velar por sus intereses sino también por aquéllos a los que va dirigida la relación jurídica que pretende entablar. Es cierto que el consumidor es libre para decidir si se acoge o no a la fórmula de contratación predispuesta por el profesional, pero aún admitido lo anterior, de lo que carece es de libertad contractual entendida en sentido estricto, es decir, como libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente. [SSTS 21/03/2003 (LA LEY JURIS: 12234/2003), 13/11/1998 (LA LEY JURIS: 10496/1998) y 28/11/1997 (LA LEY JURIS: 1188/1998)]

Siendo ello así, lógico parece exigir al profesional que se encuentra ante esta situación privilegiada que a la hora de determinar las cláusulas o condiciones no solo vele por sus propios intereses (-como es natural-) sino también respete los que le son ajenos y a los cuales va dirigida su actividad profesional o empresarial. Lo que en ningún caso sería dable es aprovechar su situación de supremacía y la realidad que suponen las cláusulas no negociadas individualmente para tratar de imponer los intereses propios a costa de los intereses ajenos. Es esta última circunstancia, y no otra, la que intenta evitar la norma prohibitiva, autorizando al juez para poder entrar a valorar el contenido y circunstancias de la condición general o cláusula contractual predispuesta al consumidor y en relación con el principio de equidad.

En el campo de la contratación privada al que hace referencia nuestro Código Civil (teoría de las obligaciones y contratos), el cumplimiento de esta regla de conducta se presume, es más, su trasgresión debe ser contundentemente acreditada por quién la alega, lo cual es del todo punto lógico si tenemos en cuenta que las partes contractuales gozan de plena libertad contractual y son a ellas a las que en principio debe encomendarse la tutela de sus propios intereses no precisando de protección adicional alguna. Ahora bien, tales parámetros decimonónicos, ya no pueden aplicarse a las relaciones derivadas de los contratos de

adhesión y es por ello por lo que el artículo 10 bis de la LGDCU permite al juez, incluso de oficio, adentrarse en la propia razón del contrato y examinar el cumplimiento de dichas reglas de la buena fe contractual en relación a otro parámetro valorativo como es la equidad y/o reciprocidad o equivalencia de las prestaciones.

BALLESTEROS GARRIDO 22, ha afirmado que para la determinación del carácter abusivo de una cláusula o estipulación no negociada individualmente, la ausencia de reciprocidad en las prestaciones no es el elemento básico o trascendente que habrá que valorar dado que éste no es más que una consecuencia de la trasgresión del principio de buena fe contractual. No le falta la razón a dicha aseveración efectuada de una manera general, dado que el profesional que falta a la equidad y provoca un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de los consumidores cabe presumir que ha predispuerto el contrato y ha llegado a dicho resultado aprovechándose previa e intencionalmente de su situación de superioridad y trasgrediendo con ello la confianza que le había sido depositada o, dicho de otro modo, vulnerando el principio de buena fe contractual.

No obstante, dicha afirmación, a mi juicio, debe ser matizada.

Si observamos la norma a transponer (art. 3.2 Directiva 93/13/CEE), en la misma, la buena fe contractual se llega incluso a dar por supuesta sin que ello evite la aplicación de la norma protectora ("Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato"); mientras que en la norma jurídica transpuesta (art. 10.bis LGDCU) la vulneración del principio de buena fe contractual se erige inexplicablemente en requisito de la acción judicial que tienda a la declaración de abuso de una determinada estipulación ("se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes."). Creo que la diferencia de matiz es importante puesto que el régimen protector establecido a modo de mínimo en la Directiva 93/13/CEE resulta vinculante para los respectivos jueces nacionales que al aplicar las disposiciones de Derecho nacional anteriores o posteriores a la mencionada Directiva, deben interpretarlas, en toda la medida de lo posible, a la luz del tenor literal y de la finalidad de dicha Directiva Comunitaria y ello pudiendo incluso ser apreciadas de oficio (STJCE Pleno 27/06/2000 LA LEY JURIS: 9507/2000). Es por ello por lo que entienda que el carácter abusivo de una cláusula contractual está por encima del elemento intencional del profesional predisponente, debiendo centrarse el juzgador en el resultado objetivo obtenido que, en ningún caso, puede provocar en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Falta por lo tanto examinar el elemento que considero clave a la hora de determinar el carácter abusivo de una cláusula o estipulación no negociada individualmente y el mismo, no es otro, que el consistente en el hecho que se cause en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Lo anterior nos conecta directamente con el principio de equidad, que tampoco es ni puede ser un valor ajeno a nuestro ordenamiento jurídico privado, no en vano, viene recogido expresamente en el apartado segundo del artículo 3 de nuestro Código Civil al disponerse que "la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita."

Ya se entienda a la equidad como un concepto de Derecho natural, como una manifestación del principio de igualdad, como moderación de la norma jurídica o como manera de solucionar contiendas judiciales; es el fundamento de multitud de figuras jurídicas a ella relacionadas. Por lo tanto, que la normativa establecida para la defensa de los consumidores y usuarios frente a la realidad que suponen las llamadas cláusulas contractuales abusivas sea una consecuencia y aplicación de dicho principio hace que éste, lejos de permanecer inerte o aparentemente camuflado, cobre en esta especial materia un verdadero sentido, alcance y trascendencia jurídica. La rehabilitación de dicho principio en materia de consumo y, en concreto, en relación a las cláusulas contractuales abusivas resulta innegable y sus postulados pueden ser utilizados directamente por el juzgador, incluso de oficio, para declarar abusivas determinadas estipulaciones contractuales. Digamos que lo que la norma jurídica está permitiendo es que el juez entre a valorar la equidad de una determinada cláusula no negociada individualmente en relación con el contrato en el cual se halla inmersa, estando autorizado expresamente por la ley, incluso de oficio, para en el caso de producirse dentro del contenido obligacional y en detrimento del consumidor un desequilibrio importante poder decretar su nulidad esgrimiendo en su justificación el carácter abusivo de la estipulación cuestionada.

A tenor de todo lo hasta ahora expuesto y entrando de lleno a valorar la cláusula transcrita al comienzo de este trabajo debo colegir el carácter abusivo de la misma al poder encuadrarse dentro de la regla general prohibitiva establecida en el artículo 10.bis de la LGDCU y, además, si lo anterior no fuera suficiente, tal cláusula o estipulación es considerada nula conforme a la lista establecida en el Disposición Adicional Primera de la LGDCU y, todo ello, puesto que a través de ella:

Se dota con la nota de la ejecutividad a un contrato privado de préstamo sin reportar ninguna ventaja para el consumidor. Realmente lo que se crea es una nueva obligación, la cambiaria, que pretende funcionar en garantía de la que ya ha decidido asumir el consumidor, la relación causal de préstamo y, todo ello, sin recibir absolutamente nada a cambio, reportándose únicamente ventajas para el acreedor y perjuicios para el consumidor. Se ha aludido a la agilidad del crédito o al ahorro de los costes que pudiera originar la intervención del fedatario público en la póliza para justificar presuntas ventajas al consumidor. Dichos argumentos, en modo alguno, pueden justificar este modo de proceder. Cito las anteriores excusas porque las mismas suelen ser objeto de alegación y, curiosamente, han servido de motivación jurídica a alguna que otra resolución judicial favorable a esta práctica bancaria.

Con respecto a la mayor o menor agilidad en la obtención del préstamo, dicha cuestión solo debe afectar al profesional, jamás al consumidor, puesto que será aquél y no éste, si quiere

ver incrementada su clientela en base a este particular aspecto (agilidad de trámites), a quien incumba la búsqueda de fórmulas que no impliquen detrimento de los derechos y obligaciones de sus clientes consumidores. Esa misma rapidez, por otra parte, puede ser atendida por el acreedor sin necesidad de todo este artificio cambiario, es decir, sin pretender acogerse al privilegio de la ejecución invirtiendo las reglas de onus probando. Para conseguir agilidad y rapidez no es necesario exigir el libramiento de un pagaré en blanco al prestatario-consumidor, es decir, basta con documentar el préstamo sin la intervención del fedatario público lo que no obsta a la entidad prestamista, llegado el caso, de poder exigir o reclamar la deuda en virtud de un proceso declarativo ordinario en razón de la cuantía o, en su caso, aunque ello pudiera ser también discutible, a través del proceso monitorio.

A mayor abundamiento, la excusa empleada es radicalmente falsa si lo que se pretende expresar con ella es que la no intervención del fedatario público provoca una agilidad y rapidez en la concesión del préstamo. Precisamente, uno de los caballos de batalla en la actuación de los Corredores de Comercio era el circunscrito a la necesidad o no de intervenir las pólizas en unidad de acto y, si bien esta manera de intervenir constituye la norma general, la excusa alegada por los acreedores para prescindir de dicha intervención choca frontalmente con la excepción también prevista para dicha norma general con respecto a los representantes de entidades financieras. Así, el artículo 33 del Reglamento de Corredores de Comercio, tras la reforma operada por el R.D. 1251/1997, dispone lo siguiente: "Los contratos objeto de intervención deberán suscribirse en presencia de corredor de comercio. No obstante, en los que realicen representantes de entidades financieras, en lo que atañe exclusivamente a los otorgamientos por dichas entidades, bastará con que el corredor de comercio, si no concurre personalmente, se asegure, previamente a la intervención, de la identidad, capacidad y legitimidad de las firmas de tales representantes, dejando constancia en la póliza de estas circunstancias. Los distintos contratos no requerirán unidad de acto, pudiendo, por tanto, tener lugar en momentos diferentes, salvo que una disposición legal o reglamentaria establezca lo contrario. No obstante, cualquiera de los interesados podrá exigir la unidad de acto. (...)"

El preámbulo del Real Decreto 1251/1997, de 27 de mayo, por el que se modifica el Reglamento de Corredores de Comercio (Decreto 853/1959, de 27 de mayo) es significativo a la hora de establecer las razones de dicha excepción a la intervención en unidad de acto, disponiendo lo siguiente: "Así, como novedad significativa, el nuevo artículo 33 del Reglamento exige ahora, como regla general, la presencia personal del corredor en el momento de otorgamiento del documento objeto de intervención. No obstante, dicha regla se exceptiona en lo relativo al otorgamiento de los documentos por los representantes de las entidades financieras. Con esta solución, a la vez que se cumple la función tuitiva de la intervención, se respeta la agilidad del tráfico. Repárese que la nueva regla, aunque exige la presencia personal del corredor en el acto de otorgamiento por el consumidor o usuario, no exige la unidad de acto de los distintos otorgamientos, salvo que lo soliciten las partes contratantes. La nueva disposición precisa asimismo las obligaciones en materia de intervención de operaciones por los corredores, en orden a garantizar mejor que la intervención del corredor asegure la legalidad de las operaciones intervenidas, así como, en especial, su conformidad con la legislación de defensa de los consumidores y usuarios."

Ya en la Memoria del Proyecto de Real Decreto, se podía leer que la excepción referida a los representantes de las entidades financieras se justificaba por las siguientes razones: a) se agiliza el tráfico mercantil; b) a priori no es necesaria la protección o asesoramiento del fedatario; c) la acreditación de la regularidad del poder de representación consta de manera fehaciente en documento público, y d) el resto de requisitos de supervisión de la intervención quedan salvaguardados a posteriori por la comprobación del propio Corredor. Dichas ideas son recogidas también en la STS 21/06/1999 (LA LEY JURIS: 8670/1999) para declarar que el artículo 33 del Reglamento de Corredores no vulnera el principio de igualdad.

En torno al supuesto ahorro de los consumidores en los costes del fedatario público, tal argumento no es ni tan siquiera correcto y podríamos calificarlo de falaz, puesto que los profesionales no están eximidos en ningún modo de dicho gasto y, para ello, únicamente habría que acudir al Decreto de 15 de Diciembre del 1.950 donde se regulan los aranceles de los derechos correspondientes a los Corredores de Comercio donde se establece (epígrafe 17) que su intervención en las pólizas de préstamo personal de vencimiento superior a seis meses generará el devengo de un corretaje o derecho del uno y medio por mil (0'15%) sobre el importe de la operación, a cobrar de cada parte contratante. Estos aranceles están todavía vigentes en base a la Disposición Derogatoria Unica del RD 1251/1997 de 24 de julio por el que se modifica el Reglamento de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio. Por su parte los gastos de expedición de los certificados a los que hace referencia los arts. 517.5º y 573.1.2º de la L.e.civ. serán de cuenta de la parte que los solicite, en este caso, el acreedor. Cuestión diferente es que las entidades bancarias, mediante condiciones generales de contratación estampadas en sus pólizas, carguen de manera regular con dichos gastos a sus clientes; estipulación que, a mayor abundamiento, podría resultar también nula de pleno derecho en la medida que imponen al consumidor la asunción de unos gastos de documentación que no le corresponden en exclusiva, no resultan necesarios y, de asumirse, obvio es que benefician a ambas partes contratantes y no tan solo a una.

Por el contrario, las ventajas que reporta dicha cláusula no individualmente negociada para el acreedor y que recíprocamente constituyen perjuicios para el consumidor, son múltiples y variadas, habiendo hecho referencia a ellas en los distintos apartados de este trabajo, pudiendo resumirse las siguientes:

Se prescinde de la intervención del fedatario público en la póliza de préstamo bajo mantenimiento de su fuerza ejecutiva, anulándose la función de información y asesoramiento previo que tales funcionarios públicos están llamados a desempeñar por razón de su ministerio. Asimismo, el primer control de legalidad que tales fedatarios realizan sobre las cláusulas que de ordinario configuran las pólizas mercantiles se descarta también por medio de este ardid. Se suprime por lo tanto un derecho que los consumidores ostentan frente al privilegio de la ejecutividad de las pólizas mercantiles y que tiene su asentamiento legal no solo en el art. 517.2-5º de la L.e.civ., sino también en los arts. 10.6 de la LGDCU y art. 23.4 de la LCGC.

Se prescinde de la necesaria notificación previa del saldo deudor al ejecutado, lo que supone que el consumidor no sólo se vea sorprendido por el acreedor, sino también que no pueda evitar los gastos procesales que la interposición de una demanda de juicio cambiario va a provocarle aunque pague en el acto del requerimiento de pago.

Se prescinde de toda explicación que sobre el vencimiento anticipado del préstamo y la cuantificación de la deuda el acreedor estaría llamado a efectuar. Ello supone multitud de inconvenientes añadidos dado que el consumidor no sabe si determinadas estipulaciones, que de ordinario aparecen impresas en las pólizas y que pudieran resultar también abusivas (intereses de demora, gastos de posiciones de deudoras, comisiones varias), le han sido computadas o no en orden a la determinación del saldo. Asimismo, y dado el mantenimiento de la ejecutividad del contrato, se obvia la exigencia de una segunda intervención del fedatario público en orden a que certifique que la liquidación efectuada y que se le traslada por el acreedor es correcta y se ajusta a lo estipulado en la póliza.

Se prescinde del control judicial del negocio causal subyacente y de la deuda que se reclama por parte del órgano judicial, restringiéndole las posibilidades de detectar de oficio situaciones que impliquen fraude de ley o abuso en perjuicio de los consumidores y, todo ello, al únicamente ser necesario la incorporación del pagaré dotado de su rigor formal inherente para decretar el despacho de ejecución en el juicio especial cambiario.

Se imponen nuevas obligaciones al consumidor, esta vez derivadas de la obligación cambiaria que se le trata de imponer y, en particular, habrá que advertir sobre la posibilidad de circulación del título o sobre la cláusula de intereses moratorios establecida en los pagarés que supone prorrogar dicho devengo más allá del cierre del préstamo y sobre el monto en el que ha sido cifrado el saldo deudor.

Se invierte la carga de la prueba en perjuicio del consumidor constituyendo esta circunstancia una presunción "iuris et de iure" de abuso. (estipulación 19ª de la Disposición Adicional Primera de la LGDCU)

El acreedor, dentro del ámbito del juicio cambiario, no está obligado a acreditar la relación causal subyacente, ni la legalidad de sus cláusulas o condiciones, ni el vencimiento, liquidez y exigibilidad de la deuda que reputa en sus diferentes y variados conceptos. Le basta con el rigor formal del pagaré que completa sin control de ninguna clase. El acreedor podrá provocar el despacho de ejecución acompañando a su demanda de juicio cambiario el pagaré provisto de los requisitos formales que le son exigidos, no precisando de mayores formalidades o probanzas y, por lo tanto, la posición del deudor se trastoca considerablemente con respecto a las reglas del "onus probando" que serían predicables a la reclamación en base al negocio jurídico subyacente. Por el contrario, en el caso de reclamar dicho acreedor la deuda en un proceso declarativo en base al contrato privado de préstamo o de ejecutar la póliza de préstamo debidamente intervenida por fedatario público mediante la interposición de una demanda de ejecución de título extrajudicial, sobre él pesará la carga de la prueba atinente a la tutela judicial que pretende. En estos casos, el acreedor, desde el momento mismo de la iniciación del proceso judicial deberá acompañar la póliza de préstamo, explicar las razones del vencimiento anticipado y la plena legalidad de todas sus cláusulas o estipulaciones y, como no, el vencimiento, liquidez y exigibilidad de la

deuda que reclama. De esta forma, el deudor, desde el traslado mismo de la demanda, sabe lo que se le pide y el por qué de dichos pedimentos, pudiendo si a su derecho interesare contestar u oponerse adecuadamente a las pretensiones del actor.

Esta improcedente inversión de la carga de la prueba tiene trascendencia en aspectos colaterales al préstamo que son los que además se regulan mediante las llamadas condiciones generales de la contratación. A nadie se le escapa que en la liquidación del préstamo personal y determinación del saldo deudor que sin previo aviso y unilateralmente efectúa la entidad acreedora mediante el complemento del pagaré y que va a provocar el inmediato despacho de ejecución, con independencia del siempre problemático tema de las causas de vencimiento anticipado del préstamo o el relativo al sedicente binomio fechas de ingreso/fecha valor utilizado para el cálculo de intereses y gastos, en las pólizas al consumo se suelen incluir intereses de demora totalmente improcedentes o gastos y comisiones de distinta naturaleza que en ningún caso serían repercutibles al consumidor por resultar abusivas y, frente a las cuales, al desconocerse si han sido tenidas en cuenta o calculadas por la entidad acreedora en la determinación del saldo deudor, al prescindirse de la certificación previa del fedatario público declarando acorde la liquidación que se le presenta en relación a los pactos establecidos en la póliza y al no hacerse ningún tipo de referencia a ellas en el escrito de demanda de juicio cambiario por no resultar preceptivo, es imposible que el consumidor reaccione salvo que intente defenderse "a ciegas" frente a las mismas, oponiéndose por sistema y sin criterio a la ejecución en base a meras especulaciones o hipótesis.

Pongo un ejemplo práctico de lo que expreso.

Recientemente, la Sentencia de fecha 29 de abril del 2003 dictada por la Sección 7ª de la Iltma. Audiencia Provincial de Asturias (LA LEY JURIS: 1481081/2003) ha declarado nula por resultar abusiva la cláusula establecida de ordinario en las pólizas de préstamo relativa a la comisión o gasto por posiciones deudoras que suele consistir en una cantidad fija que resulta aplicable y repercutible al prestatario por cada cuota no satisfecha de las pactadas para la amortización periódica y diferida del préstamo. Entiende la Sala que este tipo de cláusulas, acordadas al socaire de las llamadas condiciones generales de contratación, deben ser declaradas abusivas en atención a lo dispuesto en el art. 10.bis y Disposición Adicional Primera ap. V.18.ª de la LGDCU. En el caso enjuiciado la póliza de préstamo establecía un interés retributivo del 10%, un interés de demora del 20% y, además, dicha comisión fija por posición deudora cifrada en la cuantía fija de 15'03 Euros (lo que suponía más del 10% de la cuota de amortización mensual). El Tribunal, creo que con total acierto, afirma que dicha comisión cuya naturaleza es por morosidad y donde no se acierta a saber muy bien la razón de su cuantía se hacía merecedora de ser declararla abusiva al entender además que supone la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido.

Por otro lado, tampoco son escasas las resoluciones que se decantan por declarar abusivos los intereses de demora negociados individualmente en las pólizas de préstamo al consumo, aplicándose para ello la regla general prohibitiva del art. 10 bis y la estipulación 3ª in fine de la Disposición Adicional Primera de la LGDCU que proscribiera el establecimiento de indemnizaciones desproporcionadamente altas al consumidor que no cumpla con sus obligaciones, si bien, en cuanto a sus efectos, conjugada en su aspecto de criterio

moderativo con lo dispuesto en el artículo 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo (2'5 veces el interés legal) o, creo que más acertadamente, acudiendo de forma subsidiaria a la norma dispositiva que, en defecto de acuerdo, tanto nuestra legislación civil (artículos 1.108, 1.100 y 1.101 del Código Civil), como la mercantil (artículo 316 del Código de Comercio) establecen en el interés legal del dinero.

Como botón de muestra de lo anterior dejo citadas la Sentencia dictada por Sección Segunda de la Iltra. Audiencia Provincial de Murcia de fecha 1 de febrero del 2.000 (LA LEY JURIS: 86746/2000); la Sentencia de la Secc. Cuarta de la Iltra. Audiencia Provincial de A Coruña de fecha 22 de octubre del 2002 (LA LEY JURIS: 1331735/2002); la Sentencia dictada por la Secc. Primera de la Iltra. Audiencia Provincial de Tarragona de fecha 28 de Enero del 2.004 (LA LEY JURIS: 1618984/2004); el Auto dictado por la Sección Tercera de la Iltra. Audiencia Provincial de Burgos de fecha 31 de Enero del 2.003 (LA LEY JURIS: 1356574/2003); las Sentencias dictadas por la Sección Sexta de la Iltra. Audiencia Provincial de Asturias de fechas 20 de septiembre del 2004 (LA LEY JURIS: 1800511/2004) y 20 de diciembre del 2.002 (LA LEY JURIS: 1341572/2002); la Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Iltra. Audiencia Provincial de Huelva de fecha 20 de septiembre del 2000 (LA LEY JURIS: 333196/2000); la Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Iltra. Audiencia Provincial de Girona (LA LEY JURIS: 4463/2002), entre otras muchas más.

Pues bien, trasladadas las anteriores cuestiones al tema de la inversión de la carga de la prueba habrá de concluirse que mediante el artificio que supone el complemento del pagaré, a tenor de la obligación cambiaria creada e impuesta unilateralmente por el acreedor y teniendo en cuenta las características y régimen procesal del juicio especial cambiario, escaso o nulo control van a tener la legalidad de las estipulaciones referentes a gastos por posiciones deudoras o intereses de demora repercutidos; ni por parte del juez que recibe la demanda de juicio cambiario (y que desconoce la problemática dado que no resulta necesaria ni se incorpora la póliza de préstamo, ni la liquidación del saldo deudor al proceso cambiario), ni por parte del prestatario-consumidor al que únicamente se le comunica el auto despachando la ejecución en su contra, dándole la oportunidad, eso sí, de oponerse en el breve plazo de diez días bajo embargo preventivo de sus bienes. Su única reacción puede consistir en una hipotética alegación de "pluspetición" que puede intuir, pero que ni tan siquiera puede asegurar, ni mucho menos cuantificar a ciencia cierta, lo que le obliga a la opción lógica de tener que conformarse con el abuso y bajo la eficacia de cosa juzgada material o, en el peor de los casos, mantener los gastos de un proceso de oposición del que precisará un previo asesoramiento técnico y al que se enfrentará completamente a ciegas con el deber de demostrar las razones de oposición sobre el planteamiento de hechos inciertos y la proposición de pruebas diabólicas.

## XII.- CONCLUSION FINAL.

Personalmente entiendo que el ardid que supone el libramiento del pagaré en blanco para a través del mismo dotar de fuerza ejecutiva a una póliza de préstamo que exenta de los requisitos legales exigidos no pasa de ser un mero contrato privado, supone un ejemplo de



fraude de ley en la medida que a través de la que pudiera ser una cuestionada norma de cobertura que, además, se interpreta de manera forzada y ajena a su finalidad intrínseca (arts. 96 y 12 LCCh. y art. 1.255 CC), se pretende contrariar la regulación jurídica que para la ejecutividad de las pólizas que documentan los contratos mercantiles prescribe la vigente ley procesal civil (arts. 517. 1 5 °, 572. 2 y 573 L.e.civ.) y, a dicha conclusión se llegaría, sin valorar la cualidad personal de consumidor que pudiera ostentar el prestatario y que haría que entrasen en juego otro tipo de preceptos jurídicos que desaconsejan de una manera más directa este tipo de prácticas bancarias por su carácter manifiestamente abusivo.

Y es que asentándose esta práctica en una condición general de la contratación y constituyendo los servicios bancarios y financieros un bien de consumo que exige una protección prioritaria, ya no es solo que se vulnere abiertamente el deber de transparencia que en todo caso resulta exigido del profesional predisponente o el derecho de información debidos a la parte adherente, máxime cuando en ella concurre la cualidad personal de consumidor; es que la cláusula o estipulación cuestionada entra de lleno en "la regla general prohibitiva" establecida en el artículo 10 bis de la LGDCU que proscribe que en detrimento del consumidor se altere de forma importante el principio de equivalencia de las prestaciones y probado está que ello acontece en el supuesto examinado y, además, por si lo anterior no fuera suficiente, el dato que supone la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor viene regulado a modo de presunción iuris et de iure sobre el carácter abusivo de la cláusula cuestionada sobre la que se asienta la práctica bancaria comentada.

A mi juicio, y para terminar, hiere el ánimo de cualquier conciencia jurídica el contenido de determinadas resoluciones que sin mayor motivación y asentándose en la dicción remisiva de la Ley Cambiaria y en la libertad contractual entendida en términos absolutos justifican una práctica bancaria que a todas luces me parece atentatoria de elementales principios, como pudieran ser, el de legalidad, el de buena fe contractual o el de justicia o equidad.

-----  
1Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 44, año IX, oct-dic 1.991, págs.1.011-1.053.

2No vinculado ya en su constitución o destino a la procedencia de operaciones propias del comercio entre los hombres, ni siendo necesaria el reconocimiento judicial de firma e incluso admitida la validez del pagaré emitido en blanco o de formación sucesiva en el tiempo.

3Tratado de Derecho Mercantil. "El pagaré". Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 2001. pags. 13-14.

4Jornadas de Asesores Jurídicos de Cajas de Ahorro celebradas en Lisboa y Madrid en 1.989.

5Cuadernos de Derecho y Comercio núm 12, 1993, (págs. 11 a 76).

6Monografía "El pagaré y el nuevo juicio cambiario". Editorial Aranzadi. 2001. pág. 86.

7Artículo doctrinal: "La imposición de firma de pagaré en blanco en contratos privados de préstamo al consumo" Revista General del Derecho. Año II. Num. 603, Diciembre 1994.

8Monografía titulada: "Validez del pagaré como medio de ejecución de los contratos bancarios" Editorial Tecnos. Edic. 2000.

9Cabe destacar, entre otros, su magnifico artículo doctrinal: "El pagaré en blanco emitido por entidades bancarias para ejecutar pólizas de préstamo y crédito: la necesidad de evitar la generalización de un fraude de ley" Diario la La Ley. 1994, Tomo 4.

10Artículo doctrinal: "La utilización de pagarés en el juicio ejecutivo como instrumentos de ejecución o de garantía de los préstamos bancarios" Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial 1993-II págs 385-393.

11Artículo doctrinal: "Las cláusulas abusivas en el préstamo y créditos bancarios" Diario La Ley, 1996, Tomo 6.

12Artículo doctrinal "Apuntes doctrinales y jurisprudenciales acerca de la problemática existente por la firma de pagarés en blanco como garantía de contratos mercantiles sin intervención de Corredor de Comercio" Revista Jurídica de Catalunya 1/2000, págs. 145-161.

13Revista de Derecho Bancario y Bursátil nº 61, XV, Enero-Marzo 1996, págs. 163 a 174.

14Manual Práctico de Contratación Mercantil, Tomo II, Editorial Tecnos, 4ª edic. 1999, págs 691-692.

15Artículo doctrinal: "El pagaré como medio de ejecución de una póliza bancaria no intervenida por Corredor Colegiado de Comercio" Revista Aranzadi Civil, Vol. I, 1996.

16"El pagaré y el nuevo juicio cambiario"Editorial Aranzadi, 2ª Edición, 2001, pags. 85-88.

17Extremado interés tiene su elaborada monografía "La letra de cambio en blanco". Editorial Bosch, edición 1999.

18La cita habrá que ponerla en relación con el excelente y clarificador artículo doctrinal titulado "La liquidez de los contratos bancarios, el artículo 1.435.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil". Diario La Ley, 1993, pág. 1.013, Tomo I.

19Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, T. I, 4.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1993, págs. 131 y ss.)

20Artículo doctrinal titulado "La lista negra de cláusulas abusivas en la Ley de Condiciones Generales". Diario La Ley, 2000, Ref.º D-92, Tomo 3. Dicho autor afirma que: "En la elaboración parlamentaria, únicamente el Grupo Coalición Canaria suscitó cuestión a este propósito, planteando enmienda (tanto en el Congreso, con el núm. 13, como en el Senado, con el núm. 25) con objeto de sustituir el "tendrán" por un "podrán tener" (carácter abusivo), con objeto -se decía- de dar a la lista un carácter más flexible de acuerdo con la Directiva. No hubo más. El texto finalmente aprobado mantuvo el carácter imperativo. El designio es, por tanto, el de no dejar margen a la apreciación judicial. Hemos de ver, no obstante, que este desideratum ha de resultar en la práctica, en algunos supuestos, un tanto desvirtuado, a causa de la insuficiente concreción con que se formulan algunas cláusulas de las que se incluyen en la lista."

21"La pretendida abusividad de la cláusula <> de los aparcamientos". Diario La Ley nº 6030, Año XXV, 1 Junio del 2004, Ref. D-124

22De este autor debo citar dos artículos sumamente interesantes. "Buena fe y calificación de condiciones generales de la contratación como abusivas. A propósito de la sentencia de la AP Oviedo de 5 de marzo de 1.999(imposición de subrogación en la hipoteca del promotor inmobiliario), publicado en el Diario La Ley, 1999, Ref D-211, Tomo 5; y "La ley de condiciones generales de la contratación, derecho del consumo, derecho del mercado y ámbito subjetivo del control de las cláusulas abusivas" publicado en la revista Actualidad Civil, nº 20, 15 al 21 de mayo del 2000.

Disponível em:< [http://www.porticolegal.com/pa\\_articulo.php?ref=270](http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=270) > Acesso em.: 03 set. 2007.