



Roj: **SAP AB 462/2015 - ECLI:ES:APAB:2015:462**

Id Cendoj: **02003370012015100261**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Albacete**

Sección: **1**

Fecha: **13/05/2015**

Nº de Recurso: **40/2015**

Nº de Resolución: **105/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **CESAREO MIGUEL MONSALVE ARGANDOÑA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

ALBACETE

SECCION PRIMERA

Apelación Civil nº 40/2015

Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Albacete. Pieza Juicio Verbal nº 25/14.

APELANTE: CAIXABANK S.A.

Procuradora: Dª. María Carmen Gómez Ibáñez

Letrado: D. Francisco Sandoval Muñoz

APELADO: Teodulfo , Paloma , Alberto y Apolonia .

Procuradora: Dª. Ana-Isabel Naranjo Torres

Letrado: D. Javier González García

S E N T E N C I A N U M . 105/15

EN NOMBRE DE S. M. EL REY

Ilmos. Sres.

Presidente

D. CESAR MONSALVE ARGANDOÑA

Magistrados

D. JOSE GARCIA BLEDA

D. MANUEL MATEOS RODRIGUEZ

En Albacete a trece de mayo de dos mil quince.

VISTOS en esta Audiencia Provincial en grado de apelación, la Pieza de Juicio Verbal nº 25/14, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Albacete y promovidos por la mercantil "CAIXABANK S.A." contra D. Teodulfo , Dª. Paloma , D. Alberto y Dª. Apolonia ; cuyos autos han venido a esta Superioridad en virtud de recurso de apelación que, contra la sentencia dictada en fecha 15 de mayo de 2014 por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez de Primera Instancia de dicho Juzgado, interpuso la referida mercantil demandante. Habiéndose celebrado Votación y Fallo en fecha 11 de mayo de 2015.

ANTECEDENTES DE HECHO

ACEPTANDO en lo necesario los antecedentes de la sentencia apelada; y



1º.- Por el citado Juzgado se dictó la referida sentencia, cuya parte dispositiva dice así: "**FALLO:** Que estimando la oposición formulada por la Procuradora de los Tribunales doña Ana Isabel Naranjo Torres, en nombre y representación de DOÑA Paloma , en el juicio cambiario promovido a instancia de CAIXABANK S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Mª del Carmen Gómez Ibáñez, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a DOÑA Paloma de la acción cambiaria frente a ella ejercitada y que ha dado lugar a los presentes autos y DEBO ACORDAR Y ACUERDO EL ALZAMIENTO DE LOS EMBARGOS, en su caso, trabados, sin perjuicio de que esta sentencia sea recurrida y se solicite su mantenimiento.- Sin imposición de costas.- Una vez firme la presente resolución, procédase al archivo del juicio cambiario nº 25/2014 de que dimana la presente pieza de oposición.- Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer, ante este Juzgado y en el plazo de veinte días, recurso de APELACIÓN del que conocerá la Ilma. Audiencia Provincial de Albacete.- Conforme a la D.A. Decimoquinta de la LOPJ , para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.- El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Albacete en la cuenta de este expediente indicando, en el campo "concepto" la indicación de "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación".- Líbrese certificación literal de la presente sentencia que se unirá a los presentes autos, quedando el original en el libro de sentencias de este Juzgado.- Así, por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.-"

2º.- Contra la Sentencia anterior se interpuso recurso de apelación por la mercantil demandante, representada por medio de la Procuradora Dª. Maria del Carmen Gómez Ibáñez, bajo la dirección del Letrado D. Francisco Sandoval Muñoz, mediante escrito de interposición presentado ante dicho Juzgado en tiempo y forma, y emplazadas las partes, por la demandada Dª. Paloma , representada por la Procuradora Dª. Ana-Isabel Naranjo Torres, bajo la dirección del Letrado D. Javier González García se presentó en tiempo y forma ante el Juzgado de Instancia escrito oponiéndose al recurso de apelación, elevándose los autos originales a esta Audiencia para su resolución, previo emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Audiencia Provincial por término de diez días, compareciendo las mencionadas Procuradoras en sus respectivas representaciones ya indicadas.

3º.- En la sustanciación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales.

VISTO siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. CESAR MONSALVE ARGANDOÑA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Disiente la apelante CAIXABANK S.A. de la sentencia dictada por el Juzgado que, estimando la demanda de oposición deducida por la Sra. Paloma , la absuelve de la acción cambiaria entablada frente a ella. Considera que la cláusula 13ª del contrato de préstamo suscrito entre las partes es plenamente ajustada a derecho sin que pueda reputarse abusiva por el hecho de que contemple la emisión por el prestatario de un pagaré a la vista a favor de la entidad bancaria prestamista. Además, entiende que no cabe aplicar al caso la normativa de **consumidores** porque la demandante de oposición no tiene la condición de consumidora. En definitiva, solicita la revocación de la sentencia de instancia y el dictado de otra en su lugar que desestime la demanda de oposición y acuerde la continuación del procedimiento cambiario por sus trámites con todos los pronunciamientos a que haya lugar.

La apelada se opuso al recurso interesando la confirmación de la resolución recurrida por resultar la misma ajustada a Derecho.

SEGUNDO.- El primer motivo de apelación denuncia la infracción por la sentencia recurrida del art. 819 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , de los arts. 12 y 96 de la Ley Cambiaria y del Cheque y de la jurisprudencia mayoritaria que avala la legitimidad y validez del pagaré emitido.

El motivo se desestima. No existe en la sentencia recurrida infracción alguna de los preceptos sustantivos y procesales mencionados por la apelante porque en modo alguno aquélla pone en entredicho la realidad de la emisión del pagaré, la fuerza ejecutiva que tienen dichos títulos, el trámite del juicio cambiario para su exigibilidad y, menos aún, la licitud de los pagarés en blanco o a la vista. No es ese el debate. Lo que se ha analizado y discutido es si la cláusula 13ª del contrato de préstamo suscrita entre las partes, la que contempla la emisión por la parte prestataria el mismo día de la firma del contrato de un pagaré a la vista por un importe equivalente al capital del préstamo a favor de la entidad bancaria prestamista es abusiva con arreglo a lo dispuesto en el 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la defensa de **consumidores** y usuarios y otras leyes complementarias . Como



gráficamente dice la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo 12 de septiembre de 2.014 , *"lo que se plantea por los recurrentes no es la ilicitud, en abstracto, de este tipo de efectos cambiarios, sino de aquellos emitidos con base en una condición general de un préstamo concertado con un **consumidor**"*.

Y sobre la base de ese art. 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007, la Juez a quo concluye que dicha cláusula es nula por abusiva, criterio que la Sala comparte. En efecto, no desconocemos la muy controvertida jurisprudencia recaída sobre la materia, de la que ofrecen buena muestra las citas efectuadas por ambas partes. Incluso esta misma Sección se pronunció sobre la materia en su Sentencia de 17 de junio de 2.014 negando el carácter abusivo de una cláusula idéntica -se trataba igualmente de un préstamo suscrito con CAIXABANK S.A.-. Sin embargo, tampoco cabe desconocer que en la actualidad esta cuestión ha sido resuelta por la reciente Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2.014 , dictada por también en un supuesto idéntico al que nos ocupa y con la misma entidad bancaria como prestamista en la que, aún con alguna discrepancia expresada en voto particular, ha concluido por amplia mayoría que dicha condición general es abusiva, y por tanto nula, por las siguientes razones:

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

*2ª) En el presente caso es especialmente significativo que la cláusula 13ª del condicionado general del contrato de préstamo comience diciendo "En interés de la parte prestataria y con la conformidad de la Caixa....", como si fuese una concesión graciosa que se hace a la prestataria a instancia de ella, cuando la cláusula se encuentra predispuesta, como se colige de la referencia al aval de los fiadores, que no existen, sin que conste cuál sea ese interés como para renunciar a la intervención de fedatario público y emitir un pagaré en las condiciones que recoge la cláusula . El interés parece residenciarse en el abaratamiento de costes, pero tal ahorro arancelario en el fedatario público sería a base de sacrificar la función de información, asesoramiento previo, control de la legalidad, fehaciencia y seguridad jurídica, que son funciones que llevan a cabo los notarios, según el art. 1 del Reglamento de la organización y régimen del Notariado - Decreto de 2 de junio de 1944 .-, información y asesoramiento previo que, en sede de condiciones generales de contratación, deben prestar a las partes contratantes, sobre todo a la adherente, según se recoge tanto en el art. 23 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación (Ley 7/1998, de 13 de abril EDL 1998/43305) como en el art. 81.2 de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios EDL 1984/8937, en el Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre EDL 2007/205571, que era el entonces vigente. A la luz de ello no se aprecia el justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes exigido por el art. 80.1.c) del Texto Refundido antes calificado.*

3ª) Con esta cláusula, pues, no sólo se eluden los controles administrativos y la necesaria información y transparencia a que se ha hecho mención, sino que se impide al tribunal el control de oficio de las cláusulas abusivas que pudiera contener el contrato de préstamo (por ejemplo, vencimiento anticipado), al basarse la acción no en el contrato sino en el pagaré emitido en garantía del cumplimiento del contrato, y no facilitarse todos los elementos utilizados para su liquidación y concreción de la suma adeudada.

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



que el deudor podría oponerse si considerase que los mismos son incorrectos (porque no se ha tomado en consideración alguno de los pagos realizados, porque los intereses no han sido calculados conforme a lo previsto en la póliza, etc.)

5ª) La cláusula que permite la utilización de este tipo de pagarés en las operaciones con **consumidores** opera una inversión de la carga de la prueba, pues es el demandado cambiario quien ha de oponer la excepción de complementación abusiva del importe del pagaré y probar lo hechos que la sustenten, lo que no se produce en el caso del proceso de ejecución basado en póliza de préstamo, como afirma la STC 14/1992, de 10 de febrero EDJ 1992/1213. Esta inversión de la carga de la prueba en contra del **consumidor** tiene la consideración de cláusula abusiva en los arts. 82.4 y 88.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios EDL 1984/8937.

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

En consecuencia, dando por reproducidas todas estas consideraciones desestimamos este motivo de apelación.

TERCERO.- La misma suerte ha de correr el segundo de los motivos de apelación, que se enuncia como infracción del art. 9.3 de la Constitución Española, de los arts. 2 y 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la defensa de **consumidores** y usuarios y otras leyes complementarias, así como de la doctrina jurisprudencial que interpreta dicha normativa. Asegura la apelante que la Sra. Paloma no tiene la condición de consumidora y ello atendida la finalidad que se dio al préstamo, que no fue otra que realizar una aportación dineraria a una mercantil, ALBADIESEL S.L., de la que es administrador el hermano de la apelada.

El motivo se desestima. Como decíamos en Sentencia de esta misma Sala de 20 de junio de 2.014, citada por la apelada "En el art. 3 del citado Decreto Legislativo se dispone que a efectos de esta norma, y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, "son **consumidores** o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional", y en el artículo 4 se dispone que a efectos de lo dispuesto en ella se considera empresario "a quien actúa en el marco de una actividad empresarial o profesional". Así pues, la nota que distingue al empresario del **consumidor** es que mientras que el empresario desarrolla una actividad empresarial o profesional, el **consumidor** se desenvuelve en un ámbito ajeno a ella. Tal concepto de **consumidor** se amplía en la Directiva Europea 85/577 (ventas fuera de establecimiento, art. 2), Directiva 93/13 (cláusulas abusivas, art. 2.b), Directiva 97/7 (contratos a distancia, art. 2.2) y Directiva 99/44 (garantías en las ventas de consumo, art. 1.2.a), en las que se define como **consumidor** a toda persona física que actúe con un propósito ajeno a **su actividad profesional**. También la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, cuya Exposición de Motivos dice transcribir directivas europeas, define como **consumidor** protegido "no sólo el destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato, sino cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a **su actividad profesional**".

Y de acuerdo con toda esta normativa consideramos que el hecho -si se hubiera probado, que tampoco ha sido así- de que la Sra. Paloma hubiera destinado el dinero obtenido en el préstamo para una aportación dineraria a una empresa administrada por su hermano tampoco hubiera excluido su condición de consumidora. Esta condición solo se pierde cuando el prestatario actúa en el ejercicio de **su** actividad profesional y, desde luego, no se ha acreditado en absoluto que Dª. Paloma se dedique profesionalmente a esa actividad industrial a la que parece sí se dedica un hermano suyo. Resulta irrelevante la finalidad a que la prestataria consumidora destine el importe del préstamo, sea para comprar un coche, acciones de una sociedad o consumo ordinario. Si no se ejerce actividad profesional o empresarial se es **consumidor** y su contratación encuentra amparo en la normativa del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

CUARTO.- Pese a la desestimación del recurso, tomando en consideración que la cuestión objeto de recurso es muy controvertida tampoco se hará especial imposición de costas en la alzada.

VISTOS los preceptos legales citados y demás normas de general y pertinente aplicación.

En virtud de lo expuesto en nombre del Rey y por la autoridad conferida por la Constitución Española aprobada por el pueblo español.



FALLAMOS

Que **desestimando** el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a María del Carmen Gómez Ibáñez actuando en representación de CAIXABANK S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Albacete en autos de Juicio Cambiario 25/14, debemos **CONFIRMAR COMO CONFIRMAMOS** íntegramente dicha resolución, todo ello sin hacer especial imposición de las costas de esta alzada.

Notifíquese esta resolución observando lo prevenido en el artículo 248-4º de la Ley orgánica del Poder Judicial 6/85, de 1º de Julio.

Expídase la correspondiente certificación con remisión de los autos originales al Juzgado de procedencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de su razón, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

PUBLICACION: En Albacete, a trece de mayo de dos mil quince.

La pongo yo, la Secretario Judicial, para hacer constar que la Sentencia de fecha de hoy, 13-05-2015, es entregada en este órga **no** judicial uniéndose certificación literal al procedimiento de su razón, incorporándose el original al legajo correspondiente para su posterior encuadernación, y registrándose en el libro de Sentencias, con el número 105/15 que por orden correlativo, según su fecha de publicación, le ha correspondido. La presente Sentencia es pública. Doy fe.-