

Acción cambiaria: la polémica de la ausencia de «contemplatio domini»

Mateo C. Juan Gómez

Socio Bufete Buades

Resumen: *La relación cambiaria se caracteriza por las notas de formalidad, literalidad y abstracción del título cambiario. Tales rasgos están estrechamente vinculados con su vocación de circulación, siendo aquellos requisitos necesarios para preservar la seguridad en el tráfico mercantil, estableciendo mecanismo de protección que no operan en otras instituciones jurídicas, como pudiera ser la cesión de créditos. La confianza del tercero, en su condición de tenedor del título valor o endosatario, se asienta en la seguridad de que ha de atender únicamente a los extremos recogidos en el propio documento cambiario, sin preocuparse de posibles vicisitudes acontecidas en el negocio jurídico subyacente que dio origen a la emisión del cheque, letra de cambio o pagaré. Ahora bien, dicha objetividad o abstracción pierde su razón de ser cuando el título no ha circulado, constituyendo las partes de la relación cambiaria los mismos sujetos que conforman la relación comercial causal. Siendo así es claro, pues la ley expresamente lo advierte, que cabrá oponer al acreedor no únicamente las excepciones cambiarias que deriven del propio título, sino también las excepciones causales, derivadas del negocio jurídico de fondo. Del mismo modo, en esta relación inter partes, queda también relativizada la literalidad del título, debiendo primar la voluntad de las partes en el contrato de entrega de títulos. De esta suerte, la omisión de la antefirma acompañando a la rúbrica del representante que emite o acepta la obligación de pago, pese a la apariencia literal, no tiene por qué significar que se obliga a título personal, siempre que se observen una serie de requisitos.*

Palabras clave: Letra de cambio, pagaré, antefirma, representación, negocio causal, *exceptio doli*, provisión de fondos, endoso, casación.

Abstract: *The exchange relationship is characterized by the notes of formality, literalness and abstraction of the exchange title. Such features are intricately linked to its vocation of circulation, being those requirements necessary to preserve security in commercial traffic, by establishing protection mechanisms that do not operate in other legal institutions, such as the assignment of receivables. The confidence of the third party, in his/her capacity as holder of the security or as the endorser, is based on the certainty that he/she will only have to respond for the points set out in the exchange document itself, without worrying about*

possible vicissitudes in the underlying legal transaction that gave rise to the issue of the cheque, bill of exchange or promissory note. However, such objectivity or abstraction loses its reason for being when the exchange title has not circulated, thus being the parties to the exchange relationship the same subjects that make up the causal business relationship. This being so, it is clear, since the law expressly warns about it, that not only the exchange defences deriving from the title itself, but also the causal defences, deriving from the underlying legal transaction, may be raised against the creditor. In the same way, in this inter-party relationship, the literalness of the exchange title is also relativized, and the will of the parties in the contract for delivery of the exchange titles must prevail. Thus, the omission of the pre-signature accompanying the signature of the representative who issues or accepts the obligation to pay, despite its literal appearance, does not necessarily mean that he/she is bound in a personal capacity, provided that a number of requirements are observed.

Keywords: Bill of exchange, promissory note, pre-signature, representation, causal transaction, exceptio doli, lodging of security, endorsement, cassation.

I. Introducción: los títulos valores

Para el debido enfoque del presente trabajo, es oportuno comenzar enmarcando la acción cambiaria como aquella que detenta el tenedor de un título valor, por falta de pago, frente a cualquiera de los obligados en la relación cambiaria, conforme prevén los artículos 49 y siguientes de la Ley Cambiaria y del Cheque (LCCh). La acción puede ser directa contra el aceptante (o emitente, según el caso) o sus avalistas, o de regreso, previo protesto, contra cualquier otro eslabón de la cadena de endosos.

Si bien en nuestra legislación no encontramos acuñado un concepto de título valor, bajo dicho término genérico, hacemos referencia a un conjunto de documentos caracterizados por llevar incorporada la obligación de realizar una prestación concreta a favor del legítimo tenedor de los mismos, que tendrá derecho a exigir su cumplimiento, como auténtico acreedor. El título, en sí mismo, legitima a quién legítimamente lo detenta. Sus notas esenciales son, en suma, la incorporación de un derecho a un documento, la facilidad de su transmisión y, en función del modo en que dicha transmisión se realice, el carácter abstracto de la obligación incorporada al título, de tal modo que —de haberse transmitido por endoso— decae cualquier posible excepción material que pudiera invocar el deudor respecto del acreedor original. Ello en aras de la seguridad en el tráfico mercantil, al que favorecen dotándolo de un sistema ágil de circulación de bienes y derechos que contrasta claramente con otros mecanismos como la cesión de créditos, la subrogación contractual, la pignoración de derechos de crédito, etcétera. Sistema de circulación que, además, no se encuentra sometido al principio general de que «*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*» (1). Como reza la EM de la LCCh, el sistema general de la cesión de créditos:

«[...] choca abiertamente con las necesidades del tráfico jurídico contemporáneo, en el que la circulación de los títulos no puede quedar sometida al mismo régimen que la simple cesión de créditos. Estas insuficiencias están directamente vinculadas al sistema de excepciones oponibles por el deudor cambiario, del que la circunstancia de ser la Ley de Enjuiciamiento Civil anterior al Código de Comercio ha hecho un problema eminentemente procesal, cuando, por el contrario, su solución es determinante del régimen jurídico sustantivo de estos títulos. Dicho con otras palabras: Del régimen de excepciones que se adopte depende que se perpetúe la configuración causalista de la letra, o bien que se inicie la tendencia a la abstracción del título»

Amén de lo anterior, el título cambiario es una herramienta idónea para la obtención de liquidez, tanto a modo de aplazamiento de pago desde la perspectiva de los deudores, como desde la perspectiva del acreedor que podrá, a su vez transmitirlo a sus propios acreedores o anticipar su

cobro —deducida la correspondiente comisión— mediante el descuento de efectos a través de una entidad financiera.

Corolario de lo anterior, atendiendo a las notas de literalidad y autonomía de los títulos valores, reviste especial interés el de conocer las consecuencias que pueden deparar los errores de redacción del mismo. Huelga señalar que estos errores y sus consecuencias vendrán en parte condicionados por la propia circulación del título, de tal suerte que, si el documento no se ha extendido más allá de las mismas partes que intervienen en el negocio causal originario, la autonomía y abstracción del título queda un tanto en entredicho, mientras que adquiere toda su plenitud caso de mediar endosos.

En nuestro estudio analizaremos estas cuestiones siempre desde la perspectiva de la letra de cambio y, en especial, del pagaré; por ser este último el instrumento sobre el que ha orbitado la desequilibrante doctrina del Tribunal Supremo.

II. El descuido del representante que no tiene la diligencia de hacer constar la antefirma al emitir el título

En el Capítulo I del Título I de la LCCh, encontramos numerosos ejemplos relativos a defectos de cumplimentación de los títulos y la solución que a los mismos propone el legislador. Así, tras exponer en su artículo 1 los elementos necesarios que deberá contener toda letra de cambio (2), a partir del artículo 2 comienza a ofrecer las lecturas que deben extraerse de determinadas omisiones o contradicciones. Así:

- Si no incluye fecha de vencimiento, se entenderá que es pagadera a la vista.
- A falta de indicación como lugar de pago, se entenderá que el lugar designado junto al nombre del librado se considera su domicilio y el lugar del pago.
- Si no indica lugar de emisión, se entenderá emitida en el lugar designado junto al nombre del librado.
- Si hay discordancia entre el importe escrito en letra y en número, prevalecerá la escrita en letra.
- Si se hacen constar distintas cantidades diferentes (en letra o números), prevalecerá la menor.
- Si se incluyen firmas de personas incapaces o falsas, o de personas imaginarias, ello no afectará a las obligaciones contraídas por el resto de los firmantes.

En lo concerniente a la representación, los artículos 9 y 10 LCCh establecen una serie de reglas generales, un tanto redundantes —pues cabe extraer ya tales conclusiones del Código Civil o del Código de Comercio—. La ley prevé el supuesto de que el firmante carezca del poder con el que dice actuar, de tal suerte que quedará obligado a título personal (art. 10 LCCh). También prevé que los administradores de las compañías, por el sólo hecho de su nombramiento, están autorizados para emitir el título (art. 9 LCCh). Ahora bien, la ley no da respuesta a los casos en que, existiendo dicho poder —y autorización—, lo que se omite —por pura y simple torpeza— es la necesaria mención de que la firma se realiza en representación de la compañía poderdante.

Este supuesto, por desgracia nada inusual, adquiere una relevancia cardinal como consecuencia de las notas de autonomía y virtualidad del título valor, como documento que integra en sí mismo la obligación. No estamos ante un documento contractual exhaustivo, en el sentido de que no se exponen en él los antecedentes negociales ni el origen, condiciones o particulares de la obligación. Por el contrario, ésta se presenta al tráfico de forma concreta y simplificada: como una mera obligación de pago, sin condicionantes de ningún tipo (salvo las menciones previstas en la LCCh).

En esos casos, por tanto, ¿la omisión de los datos de la sociedad debe traer como consecuencia que el descuidado administrador responda a título personal, tal y como ocurre con quién firma en nombre de otro sin poder o mandato para ello? ¿O por el contrario, en atención a sus facultades de representación de la compañía, debe presumirse que se obligó en nombre de aquélla?

La respuesta a esta pregunta, ya anticipamos, dependerá esencialmente de dos parámetros a

ponderar, cuales son: (i) el título en el que se inserte la declaración cambiaria —no cabe el mismo trato a una letra de cambio que a un pagaré—; (ii) la declaración cambiaria de que se trate o, lo que es lo mismo, si estamos ante relaciones *inter partes* o *inter tertios*.

Centrando ahora nuestra atención en el supuesto del administrador societario que acepta una letra de cambio, firmando la misma sin la correspondiente «*contemplatio domini*», esto es, sin la mención expresa de que firma en nombre ajeno; diremos que la solución ofrecida por la jurisprudencia es pacífica y no alimenta en demasía la polémica.

Para nuestro Tribunal Supremo, con indiscutible buen criterio, resulta irrelevante la omisión de la «*contemplatio domini*» de la sociedad representada

Para nuestro Tribunal Supremo, con indiscutible buen criterio, resulta irrelevante la omisión de la «*contemplatio domini*» de la sociedad representada. Observaremos a estos efectos la STS 189/2010, de la Sala Primera, de 5 de abril. En ella el Alto Tribunal fija como doctrina jurisprudencial que la omisión por parte de quien firma el acepto de una letra de cambio, de antefirma o de otra referencia al hecho de actuar por poder o por representación o como administrador de la entidad o sociedad que figura como librada en la letra, no libera a ésta de responsabilidad como aceptante, excepto cuando el firmante del acepto carece de dicho poder o representación. A su vez, quien acepta la letra en tales condiciones no se obliga personalmente, sino que obliga a la entidad o sociedad que aparece como librada si efectivamente ostenta poder o representación de ella.

Para comprender esta doctrina y la irrelevancia de la omisión de antefirma, baste con recordar que en una letra de cambio (a diferencia de lo que sucede con el pagaré) intervienen tres operadores jurídicos distintos, como son: (i) tomador; (ii) librador; (iii) librado. El primero es el beneficiario del título, aquél a quién «*se ha de hacer el pago o a cuya orden se ha de efectuar*» (3). El segundo es el emisor de la letra. El tercero es aquél «*que ha de pagar*» (4), esto es, la persona designada por el emisor de la letra, para que abone determinada cantidad al tomador o beneficiario. Este librado —o pagador— se convierte en el *aceptante* si firma la letra en el espacio específicamente reservado para ello, mostrando así su aquiescencia y asunción de la obligación de pago. El debate, por tanto, se acota al hecho de que el administrador de la compañía librada, en el momento de expresar su aceptación, lo haga mediante firma simple, sin el sello o antefirma de la mercantil...pero eso es un problema menor, pues todo el documento en sí, parte de la premisa de que quién ha de pagar —el librado— es la compañía. Exigir la inclusión de la antefirma o «*contemplatio domini*» a quién —por supuesto dotado del poder de representación suficiente para ello— acepta una obligación de pago concreta, por la que se identifica a la compañía poderdante, sería una mera redundancia.

Ahora bien, no se debe desconocer que la Sentencia calendada casó la sentencia de apelación, anulándola, y confirmando la de instancia. Véase, por tanto, que para el tribunal provincial (en aquella ocasión la Audiencia Provincial de Álava): «[...] aun cuando las letras se giraran a cargo de ésta, la aceptación por un sujeto individual omitiendo toda referencia a las facultades representativas, de obligada expresión en la antefirma, provoca la responsabilidad personal del firmante y no de la sociedad, sin que ello sea óbice que el ejecutante conociera la condición de representante legal de la sociedad en el firmante». Véase como lo anterior no es sino una interpretación errada del supuesto del artículo 10 LCCh, pensado para quién firma sin poder de representación y no para quien omite la antefirma. Ítem más, nos conduciría al absurdo de permitir una incoherencia de base en la letra de cambio, de tal suerte que, si bien se identificase una determinada entidad como librada, «aceptase» tal obligación persona distinta, disociándose las figuras de librado y aceptante.

La polémica toma razón de ser en el caso del pagaré, en el que se simplifica la relación jurídica genética, que deja de ser trilateral, para intervenir únicamente dos partes: (i) firmante o emitente; (ii) tomador o beneficiario. Desaparece la figura del librado, obligándose el firmante en su propio nombre. No existe pues en el documento otro lugar destinado a la identificación de la persona del obligado, como sí que ocurría con la letra de cambio y el cajetín con los datos del

librado.

III. Primer posicionamiento del Tribunal Supremo respecto del pagaré

Si bien el legislador se sirve de la letra de cambio como estructura central de la LCCh, es de justicia señalar que actualmente es un instrumento que ha caído en desuso, emergiendo el pagaré como instrumento preponderante en el tráfico cambiario —sin perjuicio de la singular figura del cheque, sobre la que no nos detendremos en este trabajo—.

A través del pagaré una persona se obliga a pagar a otra una cantidad determinada el día del vencimiento pactado, en el lugar indicado. Se trata por tanto de una promesa de pago, principal nota distintiva frente a la letra de cambio o el cheque, que se caracterizan por ser un mandato de pago.

Desde una perspectiva práctica, relacionada con el objeto del presente estudio, es importante subrayar que en el caso del pagaré no se observa en el documento ninguna previa identificación del obligado al pago, siendo el único elemento identificador el de la firma —acompañada en su caso del oportuno sello corporativo o antefirma—. Dicho de otro modo, si alguien se limita única y exclusivamente a estampar su firma, sin identificar a la persona en representación de la cual lo suscribe, no existirá ningún dato en el pagaré del que se desprenda que, en realidad, la obligada al pago es una sociedad mercantil o un tercero, y no el propio firmante. Tales indicios deberían, en su caso, buscarse en el negocio causal subyacente, esto es, en el contrato del que nace la obligación de pago incorporada al título valor.

¿Debe entonces responder el administrador a título personal?

No cabe duda de que en caso de que la relación sea *inter tertios*, por haber circulado el pagaré, salvo mala fe («*exceptio doli*») el administrador persona física deberá responder frente al acreedor a título personal, sin perjuicio de su posibilidad de repetición posterior frente a la compañía. La abstracción y autonomía del título impedirá al administrador societario alegar falta de legitimación pasiva, falta de provisión de fondos o cualquier excepción que pudiera tener frente a la que fuera la contraparte del negocio causal.

¿Y si el pagaré no ha circulado y estamos en una relación *inter partes*?

En ese caso, en un principio debería decaer la virtualidad o abstracción del título, pues no deja de ser un documento de pago enmarcado en un contrato subyacente de mayor abaste, a la luz del cual debe ser interpretado el pagaré. En cualquier caso, esta cuestión era caldo de cultivo para una discusión doctrinal y las distintas audiencias provinciales eran buena muestra de ello, observándose resoluciones del todo punto contradictorias (5), con la correlativa inseguridad jurídica que ello conlleva...y le tocó el turno al Tribunal Supremo, que entró de lleno en el núcleo del debate, fijando una doctrina sumamente radical, a la par que incoherente y, en consecuencia, muy criticada por la doctrina científica.

La STS 350/2010 fijó una doctrina sumamente radical e incoherente y, en consecuencia, muy criticada por la doctrina científica

El posicionamiento contundente del Alto Tribunal fue a través de la *STS 350/2010 de 9 de junio (rec. 1530/2006)* en el que se conoce sobre un recurso de casación formulado por el administrador de una compañía, condenado en primera y segunda instancia al pago de las cantidades reflejadas en el pagaré —sin antefirma—, pese a asegurar que lo rubricó en su condición de representante de la entidad administrada, con la que existía una relación contractual subyacente con el tomador del título y demandante. Frente a esto el Alto Tribunal establece la siguiente máxima: «*se fija la doctrina de que el firmante de un pagaré queda obligado en nombre propio si no hace constar el poder o representación con que actúa o, al menos, la mención de la estampilla de la razón social en cuya*

representación actúa, dado que resulta imposible deducir de las menciones del pagaré que actúa como representante o apoderado de una sociedad o entidad aunque ostente esta condición respecto de una o varias».

Ese último inciso, la ausencia de otras menciones en el pagaré que permitan identificar que actúa en nombre de la sociedad mercantil, es lo que permite al tribunal separarse de la doctrina sentada meses antes (STS 189/2010) respecto de la letra de cambio.

Ya hemos anticipado que esta resolución fue muy criticada en el seno de la doctrina científica, constituyendo un ejemplo claro MARTINEZ-MOYA FERNÁNDEZ (6) . Para esta autora, la doctrina fijada *«se establece con carácter general, objetivo, y abstraída de cualquier circunstancia fáctica concreta del caso enjuiciado, aplicándose con total rotundidad tanto a supuestos de reclamación judicial inter partes como inter tertios y se hubiera acreditado o no, en el primer caso, la conexión de la emisión y entrega del pagaré con el cumplimiento de una obligación de la sociedad representada»*.

Dice ello en atención a que, si bien es verdad que la Sentencia calendada busca una justificación no sólo formal, sino también material de su conclusión (incorporando en su *ratio decidendi* la «excusa» de la imposibilidad de revisar la prueba practicada, en virtud de la cual, a criterio del juzgado de instancia, no quedó acreditado que la deuda en virtud de la cual se emitió el pagaré se contrajera en el ámbito de la concreta relación mantenida entre la sociedad actora y la sociedad administrada por el demandado) (7) . No obstante, en procedimientos posteriores no presentaría el Alto Tribunal tantos remilgos ni complejos a la hora de defender la dimensión formal e inclemente de la doctrina abrazada.

Véase sino la STS 885/2011, de 12 de diciembre, rec. 1743/2008, en el que despacha la cuestión con una mera remisión a la doctrina actual del Alto Tribunal, limitándose a invocar la STS 189/2010 (para letras de cambio) y a lo que denomina su matización, referida a los pagarés, en la STS 350/2010. Advertida la falta de antefirma, debe responder el administrador, no hay más. Y ello a pesar de que el Juzgado de instancia, que estimó la oposición formulada por el demandado entendió que la falta de mención a la sociedad administrada en el pagaré quedó salvada, pues existen elementos suficientes para deducir que su actuación no lo fue en nombre propio dado que, entre otras cosas, la cuenta corriente desde la que debía realizarse el pago, designada en el título, era la cuenta de la sociedad representada. Compañía con la que la actora mantenía relaciones comerciales acreditadas, sin que obraran pruebas por parte del demandante de la existencia de relación contractual alguna con la persona física. Nada de eso es relevante y, concretamente el dato de la titularidad de la cuenta fue calificado por el tribunal como *«inconsistente»*.

Con todo, el Tribunal Supremo no acababa de reconocer abiertamente que lo que en la práctica estaba haciendo, no era otra cosa que la mera aplicación de un silogismo simplista, según el cual si se apreciaba antefirma respondía la sociedad, si no, respondía la persona física firmante. Todo el análisis se constreñía al documento sobre el que orbitaba el proceso. Lo demás sólo vendía a confirmar una decisión preconcebida.

IV. Segundo posicionamiento del Alto Tribunal respecto del pagaré

La palmaria injusticia que desprendía la doctrina del Alto Tribunal, que obligaba, en suma, al juzgador a cubrir su «sana crítica» con unas anteojeras que centrasen su atención en el documento y le ocultasen el resto de los aspectos del negocio causal, alienándose de lo que, en el fondo es la «cosa litigiosa» en su sentido amplio; se antojaba insostenible. Y tres años y medio después, el tribunal tuvo que recular.

El punto de inflexión vino marcado por la STS 752/2013, de 12 de diciembre, rec. 2389/2011. En esta ocasión, el catálogo de hechos probados en las instancias precedentes : (i) presentaban al firmante del pagaré como administrador de una compañía mercantil; (ii) que pese a ello no hizo constar antefirma alguna en el pagaré; (iii) no existía deuda alguna entre el tomador y la persona física; (iv) la acreedora mantenía relaciones comerciales con la compañía, originándose en ellas la deuda recogida en el pagaré.

A diferencia que en las sentencias que siguieron a la STS 350/2010, el tribunal se muestra mucho más analítico en su razonamiento, exponiendo el por qué es importante —que no esencial— que se identifique a la sociedad obligada al pago en el título cambiario, en atención a la potencial circulación del pagaré y a la exigencia de que quien recibe el título sepa (acepte) que su deudor va

a ser el ente mercantil y no la persona física. Véase que centra así su atención en lo que siempre debió ser el dato trascendental: la intención de los contratantes. Lo importante es, por tanto, que se pruebe que las partes consintieron —de palabra, por escrito o *acta concludentia*— en el contrato de entrega de títulos, que quién se obligaba al pago era la entidad y no el representante de la misma a título personal.

Advierte el tribunal que *«la falta de constancia en el pagaré de que su libramiento se hace en nombre ajeno no excluye la posibilidad de la heteroeficacia característica de la representación directa»*. Algo que hasta el momento no había manifestado...

...Pese a lo anterior, en un intento de mantener una apariencia de coherencia, o si se prefiere en un arrebatado de dignidad, el supremo órgano jurisdiccional se negó a reconocer el cambio doctrinal y el error en que incurrió en las tesis por las que apostó en 2010. Al contrario, seguía defendiendo una supuesta compatibilidad entre sus distintos pronunciamientos. Y así, con cita de la STS 350/2010, sostiene que la diferencia entre una y otra resolución atiende únicamente al hecho de que en la primera no se entendió acreditada la concurrencia de dicho pacto, mientras que en la que ahora nos ocupa, sí se aprecia la realidad del mismo.

Esta «nueva» línea doctrinal sirve a su vez para establecer una serie de parámetros o indicios que deben ser ponderados por el juzgador a la hora de atender al ánimo con el que se emitió. A saber: (i) no circulación del pagaré; (ii) la titularidad de la cuenta designada en el título para el pago; (iii) las partes de la relación causal subyacente; (iv) las facultades de representación del firmante, respecto de la concreta sociedad mercantil.

Siguen la estela marcada por la STS 752/2013 numerosas resoluciones posteriores, nos pueden servir de ejemplo:

- STS 99/2014, rec. 426/2012, de 10 de marzo. Llama la atención en esta resolución el cambio de perspectiva del tribunal. En este caso no constaba en el catálogo de hechos probados en las instancias anteriores la voluntad de las partes a la hora de celebrar el contrato de entrega de títulos. No se consideraba acreditado que la voluntad fuera una u otra. Sólo se exponían los indicios y el tribunal entra a valorar los mismos. Curiosamente, uno de los indicios más determinantes en este caso fue la titularidad de la cuenta corriente, esto es, la misma circunstancia juzgada como «inconsistente» en la STS 350/2010. En concreto:

«Para que resulte de aplicación la doctrina que acabamos de exponer es preciso que el pagaré no haya circulado, que es lo que ocurre en el presente caso, en que es el propio tomador quien lo presenta al cobro. El pagaré tenía domiciliado el pago en la cuenta corriente de la Sra. Marta. Ha quedado probado que el tomador era un proveedor de pescado del bar restaurante que explotaba la Sra. Marta, por medio del Sr. Luis Carlos. También ha quedado probado que el Sr. Luis Carlos estaba facultado para contratar con los proveedores y para pagar los suministros, prueba de ello es que tenía acceso al talonario de pagarés. En este contexto, hemos de concluir que el Sr. Luis Carlos estaba autorizado por la Sra. Marta para emitir este pagaré y que bajo esta apariencia se firmó y entregó al Sr. Lucio, de tal forma que la Sra. Marta no puede negarse al pago cuando es reclamado por dicho tomador»

- STS 101/2014, rec. 720/2012, de 11 de marzo. En este recurso el Alto Tribunal desecha cualquier posible responsabilidad del firmante del pagaré, una vez observado que ostenta poderes de representación de la compañía con la que el acreedor mantenía una relación causal. Advierte que el demandante no ha acreditado probada la existencia de ninguna provisión de fondos o negocio previo que justifique que se obligue a título personal. Esto es, lo mismo que se desechaba en 2010. Y hete aquí una cuestión relevante: la necesidad de que sea el acreedor quién acredite la concurrencia de una provisión de fondos. Se introduce otro indicio muy significativo, como es el hecho de que el acreedor había comunicado su crédito en el concurso de la compañía representada —que había devenido en insolvente—, de lo que el tribunal infiere que la deuda, como es claro, deriva del negocio causal celebrado entre las dos entidades, ajeno a la persona física firmante del pagaré.

- STS 559/2014, rec. 2560/2012, de 21 de octubre. En ella el tribunal vuelve a poner el

acento en la titularidad de la cuenta corriente y en la falta de relación causal, como evidencias suficientes para desechar la responsabilidad del firmante.

Ahora bien, pese a lo palmario del cambio de criterio, el Alto Tribunal sigue invocando sus dos «líneas jurisprudenciales» como si fueran puntales de un único pensamiento o enfoque de la cuestión, lo cual —dicho sea con el debido respeto— no deja de parecer un tanto esquizofrénico, recordando a célebres dualidades observables en el universo novelesco, como pueda ser *El extraño caso del Dr. Jekyll y Mr. Hyde* (8) o *El doble* (9). Tal planteamiento dual, por desgracia, nos conduce a la inaceptable consecuencia de resolver de forma distinta supuestos idénticos.

Pese al cambio de criterio que supuso la sentencia del 2013, el Alto Tribunal sigue invocando sus dos “líneas jurisprudenciales” como si fueran puntales de un único pensamiento

No debe extrañarnos que, entre otros muchos, el *Auto de 9 de diciembre de 2015 de la Sala Primera (rec. 2215/2014)* resuma la doctrina jurisprudencial sobre la ausencia de «*contemplatio domini*» invocando tanto la STS 350/2010, como la STS 752/2013; afirmando que deberá atenderse a cada caso concreto, tal y como han hecho las anteriores resoluciones, en función de si existen o no indicios de que acreedor y promitente lo consintieron

¿Es relevante esta timidez o complejo del Alto Tribunal a la hora de reconocer lo que a todas luces es un cambio de postura? Por desgracia sí, pues no son pocas las confusiones que esa aparente compatibilidad y «vigencia» de la doctrina sostenida en las SSTS 350/2010 y correlativas han venido generando en la jurisprudencia menor, que en ocasiones ha abogado por una suerte de presunción «*iuris tantum*» de novación cumulativa, respecto de la deuda u obligación

subyacente.

V. Algunos pronunciamientos disonantes en la jurisprudencia menor: la presunción de novación cumulativa

Para Jean de la Fontaine «*la vergüenza de confesar el primer error hace cometer muchos otros*», y en el marco del título con ausencia de «*contemplatio domini*», la falta de contundencia del Alto Tribunal a la hora de separarse de sus posicionamientos anteriores, genera una **innegable inseguridad jurídica**. De esta suerte, aún en supuestos en los que se observan los mismos parámetros e indicios que han conducido al Alto Tribunal a dictar las sentencias invocadas; los operadores jurídicos no tenemos ni mucho menos la seguridad de que el resultado final del litigio mantenga la misma solución. En ocasiones ello dependerá de la mayor afinidad por el juzgador de instancia primero, y la audiencia provincial después, con la STS 350/2010 o con la STS 752/2013. Para cerrar el círculo, como quiera que el Tribunal Supremo ha sentado ya una doctrina firme y estable, si el tribunal provincial invoca la STS 350/2010 para afirmar la responsabilidad del firmante persona física, considerando «*inconsistentes*» o insuficientes los indicios de titularidad de cuenta corriente, existencia de una relación causal previa entre la empresa representada y la acreedora, o la falta de provisión de fondos con la persona física... aunque el perjudicado formule posteriormente recurso de casación, es muy probable que el mismo simplemente se inadmita. Para ello es suficiente con que el Tribunal Supremo aluda a su imposibilidad de valorar la prueba practicada y reanalizar el sustrato fáctico.

Para que se vea que no exageramos, pondremos un ejemplo.

Asentada ya la doctrina del Tribunal Supremo, nos topamos con la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 3ª, núm. 310/2015 de 19 de diciembre*, por la que se revoca la sentencia dictada por el juzgado de instancia que estimaba la demanda de oposición formulada por la persona física, con ocasión de un pagaré en el que se omitió la identificación de la empresa. El tribunal provincial invoca en aquella ocasión la doctrina emanada de la STS 350/2010, omitiendo cualquier mención a la STS 752/2013 o posteriores. Y en la «*ratio decidendi*», se observa:

«En el caso de autos la jueza "a quo" llega al a conclusión de que el Sr. [...] suscribió el pagaré en representación de la sociedad de la que es administrador y sin voluntad de vincularse personalmente ni asumir dicha obligación personalmente, con base en los siguientes argumentos:

a) El Sr. [...] suscribió el pagaré siendo administrador de la entidad [...]SL, lo que era conocido por la parte actora.

b) El pagaré no ha circulado.

c) La propia actora cambiaria reconoce la relación jurídica subyacente, correspondiente el importe del pagare a la suma de las facturas aportadas por el Sr. [...], habiendo sido comunicado dicho crédito, y así se dice por la actora, en el procedimiento concursal en el que se ve inmersa dicha sociedad, careciendo de sentido que se pretendiera la garantía personal del administrador cuando la cuenta bancaria contra la que se libra el pagaré es la de la entidad deudora».

Recapitulando, véase que (i) el firmante es administrador de la compañía; (ii) la compañía está concursada y el crédito recogido en el pagaré fue comunicado por la acreedora en el concurso; (iii) estamos en una relación *inter partes*; (iv) la propia acreedora reconoce que la relación jurídica subyacente es con la sociedad y no con la persona física. Además, la cuenta de cargo era la de la sociedad y no la del demandado.

Pese a lo anterior, el tribunal provincial considera tales premisas «insuficientes» para concluir que la voluntad de las partes fue que el pagaré vinculase a la sociedad. ¿Por qué? Porque la domiciliación del pago en una cuenta bancaria de la sociedad no es prueba de que la voluntad de las partes fuese obligar a ésta. Además —sostiene la sentencia— «el hecho de que las relaciones comerciales propias del negocio jurídico subyacente se estableciesen con la sociedad no excluye que en un momento dado el acreedor tuviese interés en que fuese el administrador quien se obligase personalmente al pago, quizás por la situación de dificultad económica por la que atraviesa la sociedad».

Véase que, en puridad, no existe ninguna diferencia entre dicho caso y los que dieron lugar a las SSTs 752/2013, 99/2014; 101/2014 o 559/2014, hasta el punto de que incluso el crédito ha sido comunicado en el concurso, en lo que supone un claro reconocimiento de que la deuda y la relación comercial lo eran con la sociedad y no con la persona física, por lo que la sentencia supone una duplicidad de créditos, reconociéndose la deuda tanto contra la sociedad —hecho no discutido— como contra la persona física. Lo más relevante es que se presume una suerte de novación cumulativa por la cual la persona física se obliga además de la sociedad, a modo de garantía adicional. De tal suerte que es la persona física quién debe acreditar que NO existe tal novación acumulativa, lo que supone una clara inversión del «onus probandi».

En esta misma línea, podemos citar también la *Sentencia 2/2016 de 8 de enero, de la Audiencia Provincial de Baleares, en esta ocasión de la Sección 4ª*, que igualmente «apuesta» por la vía de la STS 350/2010. Así, reconoce como hechos no controvertidos que las relaciones comerciales lo fueron con la empresa, que la persona física tiene facultades para representar a aquella, y que la entidad acreedora comunicó el crédito recogido en el pagaré en el concurso de la sociedad «representada», por lo que el crédito efectivamente deriva de la relación comercial entre ambas sociedades. Eso sí, entiende que cabe la posibilidad de que el acreedor quisiera contar a su vez con la garantía de que la persona física se constituyera en deudora además de la sociedad, como garantía adicional, circunstancia que no se ha acreditado que no sea así.

Confróntense esas dos sentencias con la tesis derivada de la STS 101/2014 en la que se proclama la necesidad de que sea el acreedor quién acredite la concurrencia de una provisión de fondos, o el hecho de que el acreedor había comunicado su crédito en el concurso de la compañía

La falta de contundencia del Alto Tribunal a la hora de separarse de sus posicionamientos anteriores, genera una innegable inseguridad jurídica

representada —que había devenido en insolvente—, de lo que el tribunal infirió que la deuda, como es claro, deriva del negocio causal celebrado entre las dos entidades, ajeno a la persona física firmante del pagaré. Mismo supuesto fáctico, distinta solución.

Y qué otra cosa, nos preguntamos, puede hacer el administrador descuidado para acreditar que la voluntad fue la de obligarse en nombre de la sociedad que la de señalar (i) que la relación causal fue con la sociedad y que (ii) el origen del concreto crédito deriva precisamente de dicha relación causal. Si ni tan siquiera es suficiente que el acreedor reclame su deuda a la sociedad (ya directamente, ya comunicando su crédito en el procedimiento concursal)...¿debe presumirse la existencia de una novación cumulativa?

Muchas resoluciones de distintas audiencias provinciales, advertido que el origen del crédito se sitúa en la relación mercantil mantenida con la sociedad, exigen al acreedor cumplida prueba de que, en realidad, el administrador quería ofrecer al acreedor una garantía adicional, que estamos ante una novación cumulativa. Entre otras muchas, cabe citar la *Sentencia de 22 de mayo de 2014, de la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Madrid, rec. 249/2013*; que niega la posible concurrencia de «*superposición de garantía, a modo de novación cumulativa*», por entender que el actor no ha desplegado prueba suficiente al respecto; la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12ª, de 11 de junio de 2014, rec. 498/2013* que proclama que «*a falta de prueba del pacto, no hay superposición de garantía, a modo de novación cumulativa*»; la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2ª, de 31 de marzo de 2016, rec. 22/2016*; la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17ª, de 4 de marzo de 2019, rec. 552/2018* que niega tal novación cumulativa desde la base de que «*la actora no ha probado que existiese un pacto expreso con el recurrente por el que este se obligaba a asumir solidariamente y a título personal el pago de la deuda de la sociedad, en virtud del contrato de obras suscrito por ambas partes*»; la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6ª, de 25 de enero de 2018, rec. 2433/2017*;

Pese a todo lo anterior, la postura sostenida por las dos Sentencias de la Audiencia Provincial de Baleares, antes citadas, aun cuando se interpusieron sendos recursos de casación, adquirieron firmeza. ¿La razón? Porque el Alto Tribunal, sentada su doctrina en las contradictorias resoluciones STS 350/2010 y STS 752/2013, inadmitió en ambos casos los recursos formulados por la representación procesal de la persona física condenada.

El fundamento de la inadmisión (10) : «*la sentencia recurrida no se opone a la doctrina de la sala [por supuesto se invocan tanto la STS 350/2010 como la STS 752/2013], ya que considera que no concurren todos los presupuestos necesarios para ello*». O lo que es lo mismo, considera que la apreciación de la voluntad de las partes es una cuestión fáctica, de valoración de la prueba, en la que no puede entrar.

Permítasenos la expresión de que tal postura es tanto como «tirar la piedra y esconder la mano». La doctrina del Alto Tribunal ha sentado unos parámetros a ponderar (i) titularidad de la cuenta corriente; (ii) facultad de representación; (iii) relación causal subyacente; (iv) origen de la deuda respecto de la relación causal...y cuando se topa con un supuesto, como el estudiado, en el que cumpliéndose todos esos indicios el órgano provincial entiende que debe prevalecer la postura —arcaica— de la STS 350/2010, porque no se ha acreditado que no se quisiera dar una suerte de garantía adicional (*probatio diabólica*)...en ese caso el tribunal se aparta por entender que pronunciarse al respecto sería tanto como volver a valorar la prueba.

Y ello pese a que en resoluciones anteriores —véase el Auto de 9 de diciembre de 2015, rec. 2215/2014— había sostenido la necesidad de prueba positiva sobre la existencia de un pacto de asunción personal de responsabilidad respecto de una deuda de la sociedad (al contrario de lo que hace la Audiencia Provincial de Baleares y bendice tácitamente el Supremo, de exigir la prueba de la no existencia de dicho pacto). Este matiz, la correcta aplicación de las reglas de la carga de la prueba, es esencial. La lesión al principio de seguridad jurídica, palmaria.

VI. Especial mención al endoso para cobranza

Un supuesto peculiar, sobre el que nos queríamos detener brevemente, es el resuelto por la STS

329/2016 de 19 de mayo, rec. 428/2013. En aquella ocasión, el tribunal tenía ante sí un pagaré, carente de antifirma, cuyo origen de la deuda enraizaba en el negocio jurídico que unía al tomador y a la sociedad respecto de la cual la firmante persona física tenía facultades de representación. Hasta ahí, nada distinto de lo que hemos visto hasta ahora.

En el caso, la entidad acreedora manifestó en juicio que no tenía duda de que el firmante, si bien no hizo constar la antifirma, actuaba en nombre y representación de la sociedad por él administrada. De tal suerte que nunca consideró a la persona física como su deudor.

La mercantil acreedora, dentro del marco de una línea de crédito para descuento de efectos, descontó el pagaré a una entidad financiera. En este punto es relevante destacar que en el documento de transmisión suscrito con la entidad financiera, se identifica como «librado» o deudor del título que se acuerda ceder, a la sociedad mercantil de la que era representante el firmante.

La sociedad mercantil entra en concurso de acreedores. Entonces la entidad financiera entrega, en gestión de cobro, a un tercero el documento cambiario, si bien no se hizo constar en el título ninguna de las menciones previstas en el artículo 21 LCCh («valor al cobro», «para cobranza», etc.).

El debate, por tanto, es doble: (i) si pese a que ha circulado el título es oponible la excepción de falta de provisión de fondos y la doctrina emanada de la STS 752/2013, desde el momento en que al realizarse el endoso a la entidad financiera ésta ya conocía que el firmante no se obligó —o al menos no quiso hacerlo— en nombre propio; (ii) si la segunda entrega del título debía calificarse como un endoso para cobranza que, por ende, permitiera oponer al demandante las excepciones que cabría dirigir frente a la entidad financiera —primer endosatario—.

La Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona lo tuvo claro: al constar en el documento de descuento que el librado era la persona jurídica, la entidad financiera depositaria tuvo conocimiento de que ésta y no el firmante, era la deudora. El hecho de que no reclame ni accione frente a la persona física hasta que la otra entra en concurso, no viene si no a refrendar lo anterior. Así, estima la demanda de oposición y absuelve al descuidado administrador.

Sin embargo, el Alto Tribunal estima el recurso de casación y condena a la persona física. Para ello, el tribunal evita entrar al fondo de la cuestión debatida. No pone en duda que, ciertamente, la entidad financiera conociera al tiempo de la entrega de los títulos, que la voluntad de las partes hubiera sido que se obligase la sociedad y no la persona física firmante. Antes bien, resuelve negando la mayor: la imposibilidad de aplicar la doctrina emanada de la STS 752/2013 si el pagaré ha circulado, con independencia de las particularidades que quepa predicar del caso concreto.

De esta forma, el tribunal se limita a exponer primeramente su doctrina, con cita de las SSTs 189/2010 —letra de cambio—; 350/2010 —de la que se resiste a renegar— y 752/2010 (de la que, eso sí, en esta ocasión reconoce que viene a «matizar» la doctrina anterior, lo que ya es algo...). Una vez expuesta la doctrina, señala que tal doctrina «no puede ser aplicada, pues el pagaré ha circulado cambiariamente mediante el correspondiente endoso» y para preservar la seguridad del tráfico cambiario, ha de subrayarse que «el tercero adquiere un nuevo derecho de crédito basado en el tenor de la escritura contenida en el título cartular (*secundum scripturam*)», debiéndose estar a la «literalidad del título».

No cabe, por tanto, tener en cuenta la heteroeficacia de la representación directa, pues esta actúa sólo en el marco de la relación bilateral o causal. Tampoco pueden analizarse, asegura el tribunal, los ulteriores negocios que resulten extraños al régimen cambiario, como el descuento efectuado, pues «las manifestaciones contenidas en el mismo no constituyen declaraciones cambiarias».

Así, el tribunal refuerza las fronteras de «lo discutible», impidiendo que el debate sobre la heteroeficacia, bajo ningún concepto, se introduzca dentro de la cadena de endosos, con independencia del conocimiento que sobre tales aspectos pudieran tener los endosarios. No cabe analizar ningún dato o declaración ajena a las «declaraciones cambiarias». Y no podemos entonces dejar de cuestionarnos entonces la posible combinación de la heteroeficacia con la doctrina de la «*exceptio doli*», por la que se permite oponer al tenedor del título cambiario —pese al endoso— las excepciones que se tuvieran frente al primer tomador, en base al negocio causal...

VII. A modo de conclusión

Para concluir este trabajo, repasaremos los principales extremos que cabe extraer de la doctrina del Alto Tribunal, acompañados de breves reflexiones. En concreto nos detendremos sobre (1) la omisión de antefirma en la letra de cambio; (2) la omisión de la antefirma en el pagaré; (3) el riesgo de la desproporcionada rigurosidad obviando la voluntad contractual; (4) el problema de la admisibilidad del recurso de casación; (5) el caso del endoso para cobranza; (6) la conjugación de la heteroeficacia característica de la representación directa y la doctrina sobre la «*exceptio doli*»; (7) la negativa del Tribunal Supremo a reconocer un cambio de doctrina.

Veamos con algo más de detalle estos puntos.

1. La omisión de la antefirma en la letra de cambio

Este supuesto, tal y como hemos visto, a la luz de la STS 189/2010 no presenta demasiado problema. La falta de antefirma es irrelevante si la letra está suscrita por quién tiene poder para representar a la sociedad y ésta está suficientemente identificada como librado en el cajetín reservado al efecto en el título cambiario.

Nótese que en este caso el análisis de la voluntad de las partes, de acuerdo con sus hechos coetáneos (art. 1282 Cc) es muy sencillo, sin necesidad de mirar más allá del propio título en el que, dentro de la esfera de las declaraciones cambiarias, las partes manifestaron que la persona que debía realizar el pago era la sociedad.

2. La omisión de la antefirma en el pagaré

Cohonestando cuanto se ha expuesto «ut supra», podríamos decir que la regla general es que, en caso de omisión de antefirma, el firmante responde a título personal, con su propio patrimonio. Esta regla general se matiza única y exclusivamente en el caso de que el pagaré no haya circulado —estemos ante una relación *inter partes*— y del conjunto de la prueba practicada, quepa extraer la conclusión de que las partes convinieron que la obligación de pago fuera asumida por la persona (física o jurídica) representada por el firmante y no por éste a título personal.

En principio —y decimos en principio porque la STS 350/2010 parece advertir lo contrario—, algunos indicios de consideración para juzgar el ánimo de las partes serían: la titularidad de la cuenta corriente en la que se domicilia el pago; la existencia de una relación causal subyacente entre la acreedora y la parte representada; el origen del derecho de crédito recogido en el título valor y, más concretamente si éste deriva de la relación o negocio causal; que el firmante, efectivamente, tenga facultades de representación; que haya habido reclamaciones de dicha cantidad por parte de la acreedora a la parte representada u otros actos que impliquen un reconocimiento de aquella como deudora —por ejemplo la comunicación del crédito en un concurso de acreedores—.

3. El riesgo de la desproporcionada rigurosidad, obviando la voluntad contractual

Resoluciones como la STS 350/2010 y las que siguen su estela hasta el giro jurisprudencial que supone la STS 752/2013; así como las que aún después siguen dictando algunas audiencias provinciales, como las SSAPIB núm. 2/2016, Secc. 4ª de 8 de enero; y Secc. 3ª núm. 310/2015 de 19 de diciembre abogan por una interpretación excesivamente formalista que dice defender un bien jurídico (la seguridad del tráfico cambiario) que en realidad no se ve amenazado. Por el contrario, lo que consiguen es abrir una puerta a la picaresca de acreedores oportunistas.

Parece claro que si el pagaré ha circulado —sin perjuicio de lo que más adelante diremos en relación con la buena fe del endosatario— la propia naturaleza del título cambiario obliga a imponer al firmante del pagaré las consecuencias de la indeterminación que su negligencia ha generado, respondiendo personalmente de la deuda, en aras a preservar la seguridad del tráfico. Pero carece de todo sentido, a nuestro parecer, este carácter casi sacro que se confiere a la declaración cambiaria en el marco de una relación *inter partes*.

Ello obliga que nos preguntemos qué es un pagaré y hasta qué punto exige una suerte de

ficción, virtualidad o mejor abstracción respecto del negocio causal subyacente. Sirviéndonos de la Sentencia 111/2016 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Burgos, de 17 de marzo, debemos remarcar que lo relevante no es otra cosa que «*analizar la existencia o no de prueba referida a que la firma se ha estampado en representación de la sociedad o personalmente, y esta prueba se ha de conseguir partiendo del contenido del propio título y del resto de las circunstancias que se acrediten*».

Después de todo, el pagaré, como la letra de cambio, no nace a la vida jurídica *ex novo*, sino que surge como consecuencia de unas relaciones contractuales entre firmante/beneficiario o librador/librado, actos jurídicos precedentes, extracambiarios, conocidos como contratos subyacentes, que suponen la existencia de un crédito anterior. Son estos contratos anteriores los que constituyen la causa del pagaré. No desnaturaliza la esencia del pagaré como promesa de pago abstracta —característica íntimamente relacionada con su vocación de circulación— la posibilidad de que las partes intervinientes en la génesis del negocio puedan oponer todas sus excepciones, aplicándose —en suma— las reglas generales de interpretación de los contratos, debiendo primar la voluntad de las partes sobre la dicción literal de los documentos contractuales —lo que incluye necesariamente al propio pagaré—.

Lo contrario supone admitir un castigo a todas luces desproporcionado para un mero descuido. Enarbolar la bandera de la seguridad en el tráfico, que en modo alguno se ve comprometida, como cobertura para imponer a un administrador (negligente sí, o torpe al menos) una deuda que nunca quiso asumir, ni la contraparte consideró siquiera; roza la demagogia.

4. El problema de la admisibilidad del recurso de casación

Por desgracia, en no pocas ocasiones, vemos que algunas audiencias provinciales, pese a apreciar los indicios apuntados anteriormente, consideran que debe igualmente responder el administrador societario, por juzgar tales datos insuficientes para concluir que el ánimo de las partes fuera el de obligar a la sociedad...algo que por otra parte no es sino seguir la dirección marcada por la antigua STS 350/2010.

En esos casos, parece claro que no se está respetando la doctrina sentada por la STS 752/2013 y siguientes, pese a ello el Alto Tribunal elude entrar a conocer el recurso, inadmitiéndolo *ad limine*, por considerar que examinar la decisión adoptada por el tribunal provincial equivaldría a volver a valorar la prueba practicada.

En este punto, debemos mostrarnos especialmente críticos. Supone un error de principio negar la posibilidad de alterar la conclusión extraída por el tribunal de instancia y/o de apelación a partir del catálogo de hechos probados, aunque ésta vaya más allá de lo que es la mera calificación jurídica de los hechos. Ésta es materia que puede y debe ser abordada en casación. Lo contrario no es más que una excusa, muy manida por desgracia, a disposición del tribunal, que le permite «esquivar» buena parte de los recursos interpuestos; o admitirlos si le place, en una ambigüedad que lleva muchos años alimentando la inseguridad jurídica en la que nos movemos los distintos operadores. No descubrimos nada nuevo si afirmamos que, sobre un mismo catálogo de hechos probados, cabe extraer conclusiones distintas. Esas conclusiones no deberían resultar ajenas a la esfera de la casación (11).

La conducta del Alto Tribunal, en este punto, está contribuyendo a la inseguridad jurídica.

5. El caso del endoso para cobranza

El Tribunal Supremo se ha mostrado categórico a la hora de excluir cualquier posibilidad de que responda persona distinta del firmante del pagaré, si éste ha circulado, por más que la voluntad de aquél, incluso del acreedor originario, fuera que rubricase en representación de un tercero. Si hay endoso, y la relación pasa de ser *inter partes*, a ser *inter tertios*, deberá estarse a la estricta literalidad del título.

Ahora bien, en el caso de un mero endoso para cobranza, si atendemos a las reglas previstas en el artículo 21 LCCh, parece claro que no opera la abstracción de la circulación del título (12) y, por ende, resultando de aplicación todas las excepciones causales *inter partes*, parece claro que también cabría argumentar la heteroeficacia de la representación directa.

6. Conjugación de la heteroeficacia de la representación directa y la «*exceptio doli*»

Ya hemos anticipado la duda que a nuestro parecer deja en el aire la postura adoptada por el Tribunal Supremo en la Sentencia 329/2016, al negar de forma categórica la posibilidad de aplicar la heteroeficacia de la representación directa, cuando el pagaré haya circulado, sin importar los detalles o singulares en que tal endoso se hay practicado. Apunta el tribunal la necesidad de preservar en todo caso la abstracción del título y la imposibilidad de que al endosatario le salpiquen —por decirlo así— las vicisitudes de la relación causal...pero ello no siempre es así. En ocasiones sí que cabe oponer al endosatario las excepciones causales que se tengan contra el tomador originario.

Nos estamos refiriendo a la denominada «*exceptio doli*», contemplada en el artículo 67 LCCh, en virtud del cual se reconoce al deudor cambiario la posibilidad de oponer las excepciones basadas en las relaciones personales con los tenedores anteriores, si al adquirir el pagaré el tenedor actual hubiera procedido a sabiendas en perjuicio del deudor. El alcance de esta excepción, conviene recordar, no implica *per se* la estimación de la demanda de oposición y que decaiga la pretensión del demandante, sino que tan sólo permite entrar a analizar la excepción causal formulada.

Es por lo anterior que entendemos que, si bien en la sentencia calendada no pudo ser valorado por el tribunal al no haber sido invocado de forma expresa por la parte demandada, no parece justificado que en un supuesto como el contemplado en la resolución calendada pudiera negarse la aplicabilidad de la doctrina sobre la omisión de la antefirma si, previamente, se opone la «*exceptio doli*». Ésta, en esencia, desarticularía la cobertura de abstracción propia del endoso y permitiría discutir los mismos extremos que cabría pensar en una relación *inter partes*.

7. La negativa a reconocer un cambio de doctrina

Por más que el Tribunal Supremo se resista a reconocerlo, lo cierto es que la STS 350/2010 y la STS 752/2013 y las respectivas doctrinas que de ellas emanan son contradictorias. Tal vez no en su planteamiento estrictamente formal, observando únicamente las máximas que una y otra proclaman, pudiendo ser la segunda una matización, sin más de la primera. No, lo relevante es que resuelven de distinta forma supuestos idénticos, ésa es la cuestión. Los mismos parámetros fácticos que se invocan en la segunda, se aprecian también en la primera. Si la segunda no desdice claramente a la primera, parece que ante unos mismos hechos, la aplicación de una interpretación más rigurosa (convirtiendo la «*contemplatio domini*» en un auténtico requisito «*ad substantiam*» que no consiente forma tácita), o la más flexible (que considera suficientes los indicios de i.- titularidad de cuenta corriente, ii.- facultades de representación; iii.- la preexistencia de una relación causal; iv.- el origen de la deuda en relación con ese contrato subyacente; v.- la reclamación del crédito a la empresa o la comunicación del mismo en su concurso de acreedores); depende únicamente del «sentir» del juzgador.

Ello genera una inseguridad jurídica en los operadores jurídicos que se ve agravada por el incierto e inclemente filtro de admisión del recurso de casación.

No se pierda de vista el prisma desde el que debe observarse el debate. Y es que la cuestión de fondo que se discute, en suma, es si, con ocasión de un mero error de redacción —generado posiblemente por una falta de atención o por un exceso de confianza—, debe el administrador responder personalmente de una deuda societaria.

Errores que son más habituales de lo que pueda parecer. Después de todo, trayendo a colación las palabras de González Moore (13) :

«*La torpeza es una cualidad humana, los animales nunca son torpes*».

NOTAS

- (1) La *regula iuris* conservada en D.50,17,54 (Ulp.46 ad ed.): «*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*», según la cual nadie puede transferir a otro más derecho del que él mismo tiene, recogida en el título final del Digesto de Justiniano (*De diversis regulis iuris antiqui*), ha sido puesta en relación tradicionalmente con los requisitos de la transmisión de la propiedad.
- [Ver Texto](#)
- (2) Recordemos que la letra de cambio se utiliza por el legislador para establecer un régimen general, aplicable a los distintos instrumentos, sin perjuicio de las especialidades que a cada uno de ellos le son propias y que regula posteriormente de forma específica.
- [Ver Texto](#)
- (3) Art. 1.Quinto LCCh.
- [Ver Texto](#)
- (4) Art. 1.Tercero LCCh.
- [Ver Texto](#)
- (5) Como ejemplo de tribunales provinciales posicionados a favor de la responsabilidad personal del firmante, podemos citar la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sentencia 159/2006, de 11 de mayo; o la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Baleares, Sentencia 471/2012, o la Sección 4ª de esa misma audiencia provincial, en Sentencia 174/2010, de 10 de mayo. En contra de dichas tesis, a favor de la postura de que responda la sociedad si tal es la conclusión que se desprende del análisis de la relación causal, podemos citar la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Murcia, Sentencia 100/2005 de 9 de marzo; o la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid, Sentencia 326/2010 de 18 de junio.
- [Ver Texto](#)
- (6) MARTÍNEZ-MOYA FERNÁNDEZ, María. *La contemplation domini como requisite ad probationem de la representación cambiaria ¿un giro en la doctrina jurisprudencial?* Diario La Ley, núm. 8268, Sección Tribuna, 11 de marzo de 2014. Editorial Wolters Kluwer.
- [Ver Texto](#)
- (7) Sin perjuicio de lo anterior, tampoco deja de ser llamativa la circunstancia de que rechaza la posibilidad de alegar la excepción de falta de provisión de fondos, en virtud de la cual venía a decir el recurrente en casación, a mayor abundamiento de su falta de legitimación, que no existía ninguna relación causal subyacente entre las partes que justificase la emisión del referido título. Ante esto, el tribunal señala que la relación causal que vincula al firmante con el tomador del pagaré no es propiamente la de una provisión de fondos —característica de las letras de cambio—, sino la de una relación análoga de valor existente directamente entre el firmante y el tomador y que de la prueba practicada no se desprende que ésta no existiera...o que ésta fuera predicable de la sociedad. Oiga ¿cómo se puede probar la no existencia de provisión de fondos?, ¿no sería más fácil exigir la prueba de su existencia a quién reclama el pago? (recordemos que estamos en una relación *inter partes*, sin que haya circulado el pagaré).
- [Ver Texto](#)
- (8) STEVENSON, Robert Louis. *El extraño caso del doctor Jekyll y el señor Hyde*. Reino Unido. Año 1886. Editorial Longmans, Green & co.
- [Ver Texto](#)
- (9) DOSTOYEVSKI, Fiodor. *El Doble*. Rusia. Año 1846.
- [Ver Texto](#)
- (10) Véanse, Autos de 23 de mayo de 2018 (rollo 139/2016) y de 13 de junio de 2018 (rollo 938/2016)
- [Ver Texto](#)
- (11) Lo que apuntamos no es extraño a lo que en otras ocasiones ha apuntado el propio tribunal. Así, por ejemplo, en plena polémica sobre los <<swaps>> y el análisis sobre la concurrencia de posibles vicios del

consentimiento —para lo que hay que analizar las particularidades de cada caso en función de la prueba practicada—, señaló:

«Hemos declarado en muchas ocasiones que si la determinación de los hechos en los que, en las sentencias recurridas, se hubiera basado la afirmación del vicio del consentimiento no puede ser variada en casación, este recurso permite, sin embargo, revisar la valoración jurídica hecha en la instancia a partir del supuesto fáctico —sentencias de 18 de febrero de 1985, 1200/1994, de 30 de diciembre, 295/2004, de 29 de marzo, 695/2010, de 12 de noviembre, 683/2012, de 21 de noviembre, entre otras muchas—. Dicho con otras palabras, los hechos —necesitados de prueba para que puedan ser considerados como efectivamente acaecidos— constituyen el enunciado de las normas jurídicas que a ellos se aplican, de modo que, además de reconstruidos o fijados en el proceso, tienen que ser puestos en relación con la norma de la que constituyen supuesto, con el fin de identificar su significación jurídica y, por lo tanto, de determinar si reúnen o no las notas que los convierten en relevantes desde tal punto de vista. Se trata, por tanto, de aplicarles unos juicios de valor que aportan criterios adecuados para su subsunción, una vez probados, en el concepto jurídico previsto en la norma, cuyo control no queda fuera de la casación » (STS 626/2013, de 29 de octubre, rec. 1972/2011).

Así, aunque la Audiencia Provincial hubiera tenido por acreditado, a la vista de la prueba practicada, que sí (o no) tuvo lugar el error en el consentimiento de una de las partes contratantes —conclusión fáctica—, el Tribunal Supremo se reservaba la capacidad de extraer una conclusión distinta, respetando el catálogo de hechos probados. ¿Acaso no ocurre lo mismo en el supuesto que nos ocupa? ¿Acaso no puede el tribunal concluir que la voluntad de las partes era otra, analizando el mismo catálogo de hechos que constituye la base para la sentencia recurrida en casación?

[Ver Texto](#)

(12) Sobre la posibilidad de excepcionar motivos relacionados con el contrato causal en los supuestos de endoso para cobranza, pueden verse, entre otras muchas, las SSTs de 28 de marzo de 1989, o la 475/2016 de 13 de julio.

[Ver Texto](#)

(13) GONZALEZ MOORE, Jorge. *A la orilla del camino*. Bogotá, 2013. Editorial JGGM.

[Ver Texto](#)