

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Revista del Poder Judicial nº 37. Marzo 1995

Arroyo Mena, Carmen / Estévez Jimeno, Ángel

Licenciada en Derecho. Abogada Fiscal sustituta de la Audiencia Provincial de Badajoz / Juez de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Villanueva de la Serena (Badajoz)

REQUISITOS DE LA CERTIFICACIÓN DEL CORREDOR RESPECTO DE PÓLIZAS DE CRÉDITO

Estudios

Serie: *Civil*

VOCES: PROCEDIMIENTO CIVIL. PRESTAMO. POLIZAS. CONTRATO MERCANTIL. CONTRATO BANCARIO. CORREDORES DE COMERCIO.

ÍNDICE

- I. Introducción
 - II. Concepto del contrato de préstamo y de apertura de crédito
 - III. Diferencia entre contrato de préstamo y de apertura de crédito
 - IV. Las pólizas bancarias
 - V. Análisis del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Intervención del corredor de comercio
- Bibliografía

TEXTO

I. INTRODUCCION

Desde el punto de vista de la teoría y práctica judicial, es clara la importancia de los contratos bancarios, pues la gran mayoría de juicios ejecutivos y no poco declarativos están basados en contratos y pólizas bancarias; y a menudo se acude a la intermediación bancaria como medio de prueba, en demostración de la realidad social existente.

Dentro de estos contratos mercantiles, que se encuentran sometidos al sistema y jerarquía de los artículos 2 y 50 del Código Civil aunque en la práctica su régimen jurídico se ha venido construyendo a partir de disposiciones de carácter reglamentario y de la utilización de condiciones generales incorporadas a los documentos contractuales (contratos de adhesión), merece la pena reseñar la importancia de dos de ellos: el contrato de préstamo y el de apertura de crédito.

II. CONCEPTO DEL CONTRATO DE PRESTAMO Y DE APERTURA DE CREDITO

Contrato de préstamo

Comenzaremos con una breve exposición del contenido del contenido del contrato de préstamo, para pasar a continuación a un estudio más pormenorizado del contrato de apertura de crédito.

El primero de ellos es el contrato típico bancario, en el que el Banco entrega al cliente una suma de dinero que ha de ser devuelta por este en una o varias fechas prefijadas (art. 1.753 del C.C.). Puede llevar consigo la apertura de una cuenta especial (cuenta de préstamo o de control) en la que se anota, como primera partida, el importe del capital prestado, deduciendo los gastos ocasionados por la formalización del contrato, aunque también pueden realizarse los correspondientes abonos y adeudos en cualquier otra cuenta abierta por el cliente en la entidad prestamista.

En cuanto a la formalización de este contrato rige el criterio de la libertad de pactos (salvo hipotecarios y algún otro), aunque suele ser por escrito (art. 180 C.C. y art. 49.2. L.E.C.), siendo preceptiva normalmente la entrega al cliente del documento contractual (art. 10.1 LGDCU).

Sin embargo, suele materializarse en documento público, normalmente en escritura pública o póliza intervenida por agente mediador colegiado, por tres motivos: por su mayor eficacia probatoria (art. 1.218 del C.C.), la posibilidad de acudir a la vía ejecutiva (art. 1.249.1 y 6 L.E.C.), y en los casos de suspensión de pagos y quiebra gozan de preferencia sobre los ordinarios (art. 1.924.3 C.C., STS 21.6.84 y 27.12.85).

Respecto al contenido de este contrato, la obligación principal del prestatario será la de restitución del capital prestado en las fechas señaladas en el contrato (calendario de amortización) y la prestación accesorio será el pago de intereses, que será exigida cuando se hubiese pactado por escrito (art. 314 Código de Comercio).

Contrato de apertura de crédito

Es el contrato por el que el Banco se compromete, a cambio de una comisión, a poner a disposición del cliente una determinada suma de dinero, en forma de límite máximo, dentro del cual el acreditado podrá retirar esos fondos y reintegrarlos en los términos pactados, aplicándose los intereses sobre las cantidades efectivamente dispuestas.

Nuestra doctrina, entre otros BROSETA PONT Y VICENT CHULIA, suele aceptar la definición de GARRIGUES que lo conceptúa como «aquel contrato por el cuál el Banco se obliga, dentro del límite pactado, y mediante una comisión que percibe del cliente, a poner a disposición de éste y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero o a realizar otras prestaciones que le permita obtenerlo al cliente».

En el Código de Comercio no existe una definición del presente contrato de apertura de crédito que sólo aparece mencionado en el nº 7 del artículo 175. El Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de Mayo de 1966, enseña «que la apertura de crédito en cuenta corriente es un contrato por el que el Banco pone su caja a disposición del cliente por cuantía y tiempo determinados, contrato mencionado en el número séptimo del artículo 175 del Código de Comercio y de carácter bilateral pues a la obligación que contrae el Banco de conceder crédito y entregar al cliente las sumas de dinero que, dentro del límite pactado, reclame, se contraponen el deber del particular de abonar la comisión y los intereses pactados y reembolsar los anticipos recibidos »

Vistas así las cosas, la finalidad económica es distinta que en el préstamo, ya que este se aproxima mejor a las particulares y cambiantes necesidades financieras del cliente, que no está obligado a realizar una retirada completa de los fondos; y las cantidades dispuestas y reembolsadas pueden ser objeto de

nuevas disposiciones sin rebasar el límite de crédito concedido, a la vez que con menor coste económico, por cuanto los intereses se aplican únicamente sobre el importe dispuesto; en suma, la nota distintiva es la idea de *saldo fluctuante*.

Aunque el Código de Comercio se refiere a ella en el artículo 175.7, la apertura de crédito es un contrato atípico, «sui géneris», en nuestro derecho, elaborado a partir de la práctica bancaria. Es un contrato consensual para cuya perfección no es precisa la entrega material de fondos, entrega que realiza el Banco acreditante en la fase ejecutiva del contrato, y de carácter bilateral, al generar obligaciones para ambos, porque como indica URÍA, el Banco se obliga a entregar al cliente el importe del crédito y este a devolver al Banco las sumas de que haya dispuesto, con sus intereses. Es un contrato oneroso y, por lo general, de tracto sucesivo, aunque este último requisito no sea esencial, ya que el acreditado puede disponer en un solo acto del importe total del crédito, y es un contrato convenido «intuitu personae», que origina obligaciones de carácter estrictamente personal, en razón a que el Banco acreditante se obliga en consideración a la solvencia y demás condiciones personales del cliente acreditado.

En cuanto a la formalización del presente contrato rige el principio general de la libertad de forma que consagra el artículo 51 del Código de Comercio, sin que pueda incluirse entre las excepciones que menciona el artículo 52, para las que se exigen determinadas formalidades, ya que este contrato, como se dijo, no se encuentra regulado en el Código de Comercio.

En la práctica bancaria unánimemente se impone a este contrato la forma escrita, teniendo los Bancos dispuestos los pertinentes impresos que serán suscritos en el momento oportuno, llenando los huecos que el impreso contiene (nombre, cantidad, vencimientos, amortizaciones, comisiones, intereses...). Como por otro lado se precisa de una cuenta corriente en la que ir anotando los apuntes contables que se produzcan como consecuencia de las disposiciones del acreditado y de sus ingresos, es claro que se precisa la forma escrita.

Además hay que tener en cuenta que, según lo dispuesto en los artículos 51 del Código de Comercio y 1.280 del Código Civil, para acreditar los contratos de cuantía superior a 1.500 pesetas se precisa la forma escrita; por lo que hay que convenir que, al menos «ad probationem», es un contrato sometido a dicha forma, lo que se refuerza por el artículo 314 del Código de Comercio que reclama la escritura para todo pacto de intereses. A mayor abundamiento las pólizas bancarias suelen estar intervenidas por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor Colegiado de Comercio, y para tal intervención se precisa la existencia de un documento.

En cuanto al contenido, es preciso distinguir dos fases secuenciales: una primera que comprende desde la firma de la póliza hasta que el acreditado haga uso del crédito abierto por el Banco a su favor; en ella, el Banco está obligado a poner a disposición del acreditado las sumas de dinero comprometidas, y ello no significa que el acreditado se convierta en propietario del dinero, sino que tiene sólo un derecho de crédito sobre el límite concedido que le permite exigir al Banco la entrega de numerario, que está obligado a verificarlo durante el período denominado de «disponibilidad». El cliente, a cambio, abona una comisión de apertura, cuyo importe lo fija libremente la entidad bancaria (número 50.12.12.89), consistente en un porcentaje sobre el límite de la facilidad crediticia concedida.

La segunda fase se inicia con la disposición del crédito ya sea en su totalidad o por partes. Y es que dispuestos todos los fondos o finalizado el periodo, queda fijado el importe definitivo del crédito en la cuantía definitivamente entregada, y salvo prórroga, las obligaciones son sólo del cliente: reponer el dinero, aunque sin atenerse a ningún riguroso calendario preestablecido y sin primas de anticipación y pago de intereses, que se aplica sobre las cantidades dispuestas, no sobre el límite concedido. Aunque los intereses se devenguen diariamente, para facilitar su pago el Banco suele girar liquidaciones periódicas cada uno, tres o seis meses. No obstante, esta materia se encuentra regulada por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989 -desarrollada por la Circular del Banco de España número 8

de 7 de septiembre de 1990- que sustituyó a la Orden del mismo Ministerio de 3 de marzo de 1987, y que a su vez había derogado a la de fecha 17 de enero de 1981, y en su número quinto dispone que «las comisiones por operaciones o servicios prestados por las Entidades de Crédito serán las que estas fijen libremente». Por último, y para finalizar, queda analizar las causas de extinción de este contrato. La forma normal de extinción será por el vencimiento del plazo fijado en el mismo, debiendo el acreditado restituir al Banco las cantidades dispuestas, los intereses devengados y demás gastos pactados. Si en la póliza no se hubiese fijado un límite de tiempo, por aplicación del artículo 1.128 del Código Civil, corresponderá determinar a los Tribunales.

Otras causas pueden ser: incumplimiento, denuncia unilateral, muerte o disolución, insolvencia, etc...

Extinguido el contrato sin que se hayan reembolsado las cantidades adeudadas, el Banco puede acudir a la vía judicial para reclamar el crédito y si se trata del juicio ejecutivo, es necesario recordar la problemática del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que más adelante analizaremos.

III. DIFERENCIAS ENTRE EL CONTRATO DE PRESTAMO Y EL DE APERTURA DE CREDITO

Señala GARRIGUES que esta equiparación del contrato de apertura de crédito con el de préstamo, quizás pueda arrancar de la orientación equivocada que siguen los Estatutos del Banco de España, cuyos artículos 11 y 17 dicen que podrá el Banco conceder «prestamos personales que podrán revestir la forma de cuentas corrientes de crédito». Paralelamente, el artículo 94 del Reglamento declara «que cuando convenga al prestatario que las operaciones de préstamo adopten la forma de cuenta corriente con interés, podrá el Banco acceder a ello». Sigue indicando el referido autor que esta concepción de la apertura de crédito como préstamo no encuentra base en nuestro Código de Comercio, el cual, si bien no regula este contrato, no deja, sin embargo, de percibir la diferencia entre ambos contratos; y por ello estas dos operaciones se mencionan como cosa distinta en el artículo 175. La perfección del contrato de apertura de crédito, a diferencia de lo que ocurre con el préstamo, no depende de ninguna entrega de dinero, ya que incluso esa entrega de dinero puede faltar cuando la ayuda prestada por el Banco a su cliente consista en prestarle su firma, interponiendo su garantía en las deudas del cliente.

Claramente diferencia el contrato de préstamo y el de crédito la Audiencia Provincial de Pamplona, Sección 2ª, cuando en su Sentencia de 18 de Abril de 1989 indica:

«En las pólizas mercantiles de préstamo, el Banco prestamista entrega al cliente-prestatario una cantidad, objeto del préstamo en dinero, que puede ingresárselo en cuenta corriente o similar, para que pueda disponer de el en el momento, por lo que se le transmite la propiedad de esa suma, y el Banco es acreedor a su devolución desde dicho instante; mientras que en los de crédito o afianzamiento, por el Banco no se otorga ni se entrega al cliente ninguna propiedad ni disponibilidad de numerarlo en tal momento, sino que se otorga un crédito o descubierto para operaciones mercantiles (descuento de letras y otras) hasta un cierto tope, no produciéndose la disponibilidad del cliente hasta que se tramitan, con cargo a la cuenta abierta al efecto, los importes correspondientes a operaciones previstas en tal cuenta».

A mayor abundamiento en la materia, en aras a diferenciar conceptual y funcionalmente sendos contratos, conviene analizar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 4), cuyo ponente, Carlos J. VALDIVIA PIZCUETA, asegura que el propio legislador considera distintas, una y otra operación, en el artículo 175.7 del Código de Comercio; ya que supone que en el primero, el contrato de préstamo, su objeto lo constituye el dinero que se entrega, mientras que el segundo lo constituye el crédito en sí- además, el momento de perfección tiene lugar en el primero por la entrega de dinero o capital prestado, mientras que en el segundo acaece con el solo acuerdo de voluntades entre las partes, acreditante y acre-

ditado; de ahí que aparezca como obligación más característica del primero, la que asume el prestatario de devolver la cantidad pactada, mientras que en el segundo contrato que estudiamos, lo es la que asume el acreditante de poner a disposición del acreditado las sumas de dinero a medida que se dan sus requerimientos. Consecuentemente con esto, del contrato de préstamo deriva a cargo del prestatario una obligación de devolución del dinero líquido «per se», mientras que en el contrato de apertura de crédito es necesario que el acreditado reciba alguna cantidad del acreditante, para que la obligación aparezca, además de que es necesaria en esta especie contractual la oportuna liquidación, lo que de ordinario no sucede con el contrato de préstamo donde la obligación de los prestatarios y de los fiadores solidarios conforme a lo que se desprende de los artículos 312 del Código de Comercio y 1.753 del Código Civil, es la de devolver la misma cantidad prestada o la que reste, sin necesidad, ante su esencial liquidez, de mostrar y aportar certificación alguna a efectos de estimar líquida la cantidad, tal y como exigía la antigua Orden Ministerial de 21 de abril de 1950, que interpretaba el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (1).

IV. LAS POLIZAS BANCARIAS

Nuestro ordenamiento positivo descansa en dos elementos básicos, estrechamente ligados y legalmente complementarios: uno, relativo a la forma de los contratos de crédito, y otro, relativo al sistema de determinación de la liquidez para acceder al procedimiento ejecutivo (2).

Estos dos elementos, a la par que posibilitan un resultado especialmente eficaz para las Entidades Financieras, también las obligan a cumplimentar los requisitos a los que la Ley condiciona aquellos resultados; analizaremos el primero de ellos, para pasar posteriormente a estudiar el objeto de nuestro trabajo:

LA FORMA DOCUMENTAL EJECUTIVA. LA POLIZA INTERVENIDA POR FEDATARIO MERCANTIL.

La sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia, Sala 2ª de 22 de octubre de 1987, pone de relieve que «no existe en nuestra legislación mercantil, concretamente en el Código de Comercio y Reglamento de Agentes mediadores, una definición de la Póliza, aunque sí referencias y mención de sus requisitos. Etimológicamente deriva del griego «apodexis», que viene a significar demostración, prueba, y del latín «apodexia», siendo un documento justificativo de un contrato mercantil que sirve para demostrar la existencia del mismo».

No obstante, en principio, podría considerarse a la póliza bancaria como el documento en el que se plasma un contrato mercantil suscrito por una entidad bancaria, por ser uno de los sujetos del contrato en cuestión. Esta acepción es demasiado amplia ya que el Banco puede actuar en la vida mercantil como cualquier comerciante; o bien realizando una operación genéricamente bancaria. En el primer supuesto no nos encontramos realmente ante una póliza bancaria, por ejemplo cuando el Banco suscribe un contrato con uno de sus proveedores para el suministro de los impresos que necesita para sus distintas oficinas. Para la existencia de una póliza bancaria el Banco debe suscribir el documento en el ejercicio de su estricta actividad, y no como cualquier otro comerciante; lo cual, y en un sentido estricto, nos lleva a conceptuar la póliza bancaria como aquel documento en el que se plasma un contrato relativo a una operación bancaria activa.

Aunque pueden existir una multivariedad de pólizas bancarias en base a sus distintos clausulados, en esencia se pueden reducir a las cuatro siguientes:

1. Póliza de Préstamo: Es aquella en la que queda plasmado un contrato de préstamo bancario.
2. Póliza de Descuento: Es la que engloba un contrato de tal tipo y para cuya definición es criterio en nuestra doctrina científica (GARRIGUES, BROSETA ...) utilizar el concepto que del descuento establece el Código Civil Italiano, en el artículo 1.858.
3. Póliza de Afianzamiento: Es aquella suscrita por tercero o terceros al objeto de garantizar al Banco el

buen fin de otras pólizas, comprometiéndose dichos terceros a su cumplimiento para el caso de que no lo haga el interesado.

4. Póliza de Crédito: En ella queda reflejado un contrato de crédito que es aquel en virtud del cual el Banco pone a disposición de su cliente, comúnmente denominado acreditado, una determinada cantidad de dinero, de la que éste puede ir disponiendo a la medida de sus deseos, normalmente durante un periodo de tiempo determinado, percibiendo el Banco una comisión y los intereses pactados respecto a las sumas dispuestas y por el tiempo de disposición.

Tanto las pólizas de crédito como las de documento no son más que simples variantes de la esencial póliza de préstamo, que ostenta el carácter de prototipo, tal como expresa la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Bilbao en Sentencia de 8 de febrero de 1990, que en tal sentido indica:

«ciertamente las operaciones activas por las que el Banco concede crédito a un tercero, pueden reconducirse jurídicamente al esquema negocial del préstamo como contrato tipo de dación de crédito, sin perjuicio de que caso por caso sean de aplicación las especialidades propias del negocio jurídico a través del que se instrumenta el préstamo.»

Una vez analizado el concepto y las clases de pólizas bancarias; y al hilo de lo que hablábamos al principio de la pregunta, sobre la forma documental ejecutiva y la intervención de Fedatario Mercantil en la póliza, conviene destacar que la primera exigencia para la utilización por las Entidades de Crédito del procedimiento ejecutivo se halla constituida por la necesidad de convenir los contratos crediticios mediante los documentos a los que la Ley procesal reconoce carácter ejecutivo. En este sentido el Tribunal Constitucional afirma:

«... en el origen de su derecho de crédito se encuentra siempre un contrato suscrito por las partes e intervenido por fedatario, cuyo original debe ser aportado con la demanda ejecutiva, y que hace fe de la existencia de una relación jurídica entre la entidad y el demandado, así como de sus caracteres esenciales »... lo que »... puede ser considerado suficiente para acreditar una apariencia de buen derecho digno de una tutela judicial preventiva inmediata».

Es de destacar también que una de las características es que se documentan en los llamados «CONTRATOS DE ADHESION (3)».

En relación con la forma contractual ejecutiva, hay que destacar que los contratos de crédito pueden, eventualmente, formalizarse en escritura pública, pero en su práctica totalidad se formalizarán mediante pólizas intervenidas por Corredor de Comercio.

Esta utilización de la póliza intervenida por Corredor de Comercio como forma instrumental habitual de las operaciones típicas del tráfico de las Entidades financieras se debe a que dicho instrumento fedatario responde perfectamente a las características del tráfico mercantil en masa.

Mediante las pólizas intervenidas y el cumplimiento riguroso de los requisitos procedimentales por parte de los Corredores de Comercio bajo el principio de intermediación, se posibilita que la gran mayoría de las operaciones crediticias bancarias puedan quedar amparadas por la fe pública notarial de los mismos; sin que dicho sistema impida la agilidad y rapidez con que se caracterizan dichas operaciones

V. ANALISIS DEL ARTICULO 1.435 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. INTERVENCION DEL CORREDOR DE COMERCIO

El nuevo artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice:

«Sólo podrá despacharse ejecución por cantidad líquida que exceda de 50.000 pesetas:

1. En dinero en efectivo.

2. En moneda extranjera convertible admitida a cotización oficial, siempre que la obligación de pago en la misma esté autorizada o resulte permitida legalmente.

3. En cosa o en especie computable en dinero.

El límite de cantidad antes señalado podrá obtenerse mediante la adición de varios títulos.

En todo caso, será preciso que haya vencido el plazo para el cumplimiento de la obligación.

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 nº 6 del artículo 1.429 de esta Ley se hubiese convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la Entidad acreedora, aquella 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...».

Del artículo 1.435 en relación con el artículo 1.429 de la misma Ley, se deducen cuáles son los requisitos para el despacho de ejecución y son:

a) existencia de uno de los títulos enumerados en el artículo 1.429.

b) que se refieran a deudas líquidas (o liquidables) superiores a 50.000 pesetas, y

c) que estén vencidas.

De todos estos requisitos no hablaremos por exceder del objeto del presente trabajo- sólo vamos a hablar de la necesidad de que la obligación sea líquida.

La problemática de la liquidez. El pacto de liquidez.

La cuestión relativa a la liquidez de la deuda ha planteado desde siempre una especial significación cuando el título ejecutivo era una *póliza de crédito*, ya que en estos supuestos, del documento original no se desprendía la cantidad líquida objeto de ejecución por no figurar en la póliza, sino en los libros de la Entidad acreedora. En la póliza figuraba únicamente el límite del crédito, pero este rara vez coincidiría con el saldo de la cuenta corriente, bien porque el deudor no hubiese dispuesto de la totalidad del crédito, bien porque hubiese efectuado reintegros en la cuenta. Para obviar estos inconvenientes y permitir el acceso al juicio ejecutivo, se comenzó a incluir en las pólizas de crédito una cláusula por virtud de la cual las partes contratantes pactaban expresamente que se consideraría cantidad líquida exigible al acreditado por la vía ejecutiva, la constituida por el saldo resultante al cesar la cuenta corriente, según certificación expedida por la Entidad acreedora: el llamado PACTO DE LIQUIDEZ.

Así pues, en los contratos de crédito, en los cuales la entidad de crédito permite al acreditado que disponga a su conveniencia de las sumas que precise dentro de los límites y condiciones pactadas, se hacía preciso encontrar algún medio ágil para liquidar la deuda en un momento dado y exigirla en procedimiento ejecutivo. La solución fue la de completar el juicio ejecutivo con otro documento en el que constasen los actos de desarrollo del contrato y que permitieran determinar la cuantía de la deuda a reclamar.

La habitualidad del pacto de liquidez hizo que se convirtiera en un uso bancario, que fue recogido por el artículo 103 del Reglamento del Banco de España (aprobado por Orden de 23 de marzo de 1943) (4) precepto que se extendió y generalizó por Orden del Ministerio de Justicia de 21 de abril de 1950 a la Banca Privada, Cajas de Ahorro y demás Entidades Financieras, y por lo que se refiere a las escrituras públicas ante notario, el Decreto de 15 de octubre de 1982, de dudosa validez jurídica. Con el sistema instaurado quedaba completamente en manos de la Entidad acreedora la determinación de la cuantía líquida de la deuda, puesto que la intervención del fedatario mercantil se limitaba a una mera cuestión de

hecho, que era constatar la coincidencia entre el saldo certificado y el saldo de la cuenta de los libros contables. Esta circunstancia llegó a que se cuestionara la legalidad y, posteriormente a la Constitución de 1978, la constitucionalidad de tal normativa. Y en esta situación, la importante reforma llevada a cabo en la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la Ley 34/1984 de 6 de agosto (5), pretendiendo resolver el problema de la liquidez, introdujo dos nuevos párrafos en su artículo 1.435 (6).

Del párrafo Y de este artículo se deducen las tres circunstancias necesarias para la aplicación del mismo:

1º Que se trate de contratos mercantiles, otorgados por Entidades de Crédito, Ahorro o Financiación, no limitándose como la derogada Orden Ministerial, sólo a contratos de crédito.

2º Que el contrato haya sido intervenido en escritura o póliza intervenida.

3º Que se haya pactado expresamente que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la Entidad acreedora.

Dados estos supuestos, el legislador soluciona el problema de dar liquidez a la deuda, no dejando la determinación en manos de la Entidad acreedora, dando intervención a un fedatario público que acredite en documento fehaciente que la liquidación ha sido la pactada por las partes en el título ejecutivo y que el saldo coincide con el que aparece en la cuenta abierta al deudor.

Veamos a continuación cual debe ser el contenido de la certificación de la Entidad acreedora y cual el alcance del documento fehaciente para que la suma de ambas convierta la cantidad exigible en líquida, requisito indispensable para incoar el procedimiento ejecutivo.

El contenido de la certificación del Banco no viene recogido en ninguna Ley, solamente que la cantidad exigible sea la que se dice; y si acaso que esa cantidad se haya obtenido en la forma pactada en la póliza de crédito. Estimamos que esto no puede ser bastante y la práctica bancaria viene demostrándolo exigiendo al menos:

1. Una referencia a la póliza o escritura en la que se contiene una cláusula por la que acuerdan las partes que la cantidad exigible sea determinada por certificación de la Entidad acreedora.

2. Que en la certificación se acredite, es decir, que se pruebe, que la liquidación se ha realizado en la forma pactada, para lo que se precisa como mínimo que se una o detalle en la misma el movimiento de la cuenta en cuestión.

3. Que la certificación se expida por quien tenga facultades para ello que normalmente serán dos apoderados de la Entidad, que serán casi siempre el Director y el Interventor.

La intervención del fedatario. Forma y contenido del documento fehaciente.

Por su propia naturaleza, las pólizas de crédito son ilíquidas en sí mismas consideradas, lo que les impide desplegar su fuerza ejecutiva puesto que por definición la cantidad adeudada por el acreditado no se encuentra determinada hasta que se practique la liquidación, y no cumplen por sí solas el requisito previsto en el primer párrafo del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cantidad líquida. Para obviar tal dificultad, que impediría el acceso al procedimiento ejecutivo de las pólizas de crédito, que quedarían reservadas solamente para el juicio declarativo ordinario, se dispuso el penúltimo párrafo del artículo mencionado.

Por lo tanto y como consecuencia de lo expuesto, hay que concluir que todas las pólizas de crédito precisan la certificación mencionada en el penúltimo párrafo del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para que puedan tener la liquidez necesaria para ser reclamadas por vía ejecutiva.

El problema surge cuando se trata de determinar cual ha de ser la intervención del corredor de comer-

cio en el ámbito de este «singular procedimiento de determinación de la cantidad líquida o exigible que permite la ejecución» (7).

El mero carácter de «notario mercantil» (8) que aquel ostenta a tenor de lo dispuesto en el artículo 93 del Código de Comercio, que dice que los Agentes colegiados tendrán el carácter de notario en cuanto se refiera a la contratación de efectos públicos, valores industriales o mercantiles, mercaderías y demás actos de comercio, comprendidos en su oficio, en la plaza respectiva, no ha de suponer que cualquier intervención del mismo determine la plena integración del título ejecutivo y consecuente despacho de ejecución.

Como hemos visto, la cantidad exigible contenida en la certificación expedida por la entidad acreedora «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» (9). Por lo tanto se exige de esta forma que el documento fehaciente (10) acredite dos extremos:

1. La coincidencia entre el importe de la deuda que aparezca en la certificación y el saldo de la cuenta abierta al deudor, que se lleva con la declaración por el fedatario de que ha compulsado los libros y que ha comprobado la coincidencia de un hecho que se le expone en la certificación y de cuya certeza da fe, declarando que ambos saldos coinciden, el de los libros y el de la certificación.

2. Que la liquidación se ha practicado según lo pactado por ambas partes en el título ejecutivo, esto es, la declaración por el perito, que además es fedatario, de que la liquidación se ha practicado a los tipos de interés y comisiones establecidos previamente en la póliza.

Las distintas posturas doctrinales en cuanto a cual debe ser el papel del fedatario, o dicho de otro modo, que es lo que tiene que analizar para extender la certificación de conformidad de saldo podemos agruparlas (11) en dos clasificaciones: la formalista y la maximalista.

La formalista, sostenida por el Consejo Superior Bancario, dice que (12) «el requisito establecido en el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de que el documento fehaciente acredite que la liquidación se ha practicado en la forma convenida entre las partes, debe considerarse que se refiere sólo al procedimiento a seguir para establecer el saldo último (bien por la entidad acreedora exclusivamente, o de mutuo acuerdo, o con previa notificación, o con intervención de un tercero, etc...), ya que el precepto alude claramente a la forma y no al contenido de la liquidación». Considera igualmente «que la simple incorporación del certificado del Banco a un acta notarial constituye el documento fehaciente que exige la Ley». Por lo expuesto en esta primera opinión mantiene que la actuación del fedatario debe limitarse a constatar que el procedimiento liquidatorio aplicado es el pactado en la póliza y que se ha practicado por la entidad acreedora sin que sea preciso entrar en el contenido de la propia liquidación.

La postura maximalista (13) sostiene que lo que se debe pedir al fedatario, tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1984, es una verdadera auditoría que lleva implícita una actuación analítica y técnica sobre los documentos que deben ser aportados por la entidad acreedora a los fines de conocimiento de la forma en que la misma ha sido practicada y si coincide con lo que pactaron las partes en el título ejecutivo, debiendo extenderse este análisis y estudio técnico sobre los asientos que los documentos originan en la cuenta de la póliza.

Tales orientaciones deben ser hoy día rechazadas a la luz de la mejor doctrina y la propia jurisprudencia. Se considera así que el documento fehaciente ha de incluir un juicio sobre la adecuación del contenido de la liquidación a los términos fijados en el título ejecutivo, es decir, se trata de verificar por un perito la forma técnica de la liquidación, que es lo que se exige en el artículo que comentamos, para evitar un embargo preventivo excesivo por una parte, y por otra, entrar en el fondo de la liquidación, como supondría la comprobación de la realidad de cada una de las partidas de la contabilidad y su valoración, y que parece

lógico que se sustancien en el periodo de prueba del procedimiento ejecutivo.

En resumen, la labor del fedatario consistiría en limitar la actividad a los aspectos formales de la contabilidad, es decir, la mera comprobación de que los cálculos están bien realizados, en función de los tipos de interés y de comisión pactados y de que el saldo se ajusta al movimiento de cargos y abonos, tomando como base los asientos que aparecen y su fecha de valoración (14).

Entrando ya en el documento fehaciente estudiaremos su forma, y la práctica general consiste en cumplimentar una diligencia en la certificación emitida por la entidad acreedora en la que se hace constar el doble requisito de la coincidencia entre el saldo que figuraba en dicha certificación y el de la cuenta abierta al deudor, así como la aseveración de que la liquidación se había practicado conforme a las condiciones pactadas en el contrato, pero dada la complejidad en muchos casos del juicio en cuanto a la liquidación la tendencia más reciente es la de emitir un documento independiente de la certificación bancaria (15)

En cuanto a su contenido, además de los requisitos formales lógicos, cuales son el del fedatario que lo suscribe, su destino, colegio al que pertenece, lugar y fecha de su emisión, incluso el de ser redactado el documento a los efectos del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deberá cumplir una serie de requisitos sustanciales, a saber (16):

1. Deberá hacerse constar el cumplimiento de los tres supuestos a que se refiere el artículo 1.435, así que la cuenta abierta al deudor se rige por un contrato de crédito bancario; que dicho contrato se formaliza en póliza intervenida por Corredor de Comercio, y que en el mismo consta el pacto de liquidez.

2. Deberá figurar asimismo el saldo exigible por la entidad de crédito desglosándose los datos necesarios para realizar la liquidación tales como tipo de interés o comisiones, facilitándose así los elementos de cálculo a que hace referencia la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/92.

3. Deberá constar igualmente el requisito de coincidencia entre el saldo que figure en la certificación y el de la cuenta abierta por la entidad al deudor.

4. Por último, se hará constar el juicio favorable del fedatario en cuanto que la liquidación se ha verificado en la forma pactada. El papel del fedatario, por tanto, se limita a acreditar la correcta liquidación de la cuenta sin entrar a analizar la licitud de las cláusulas del contrato, que sólo compete al juez, o si se han dado o no los supuestos de exigibilidad de la deuda.

Así como cuestiones que pueden afectar a la liquidación y que deberían hacerse constar podemos citar:

- a) La utilización del año comercial, 360 días, o natural, 365.
- b) La existencia de excedidos al límite del crédito que hacen entrar en juego un tipo especial de interés, así como determinadas comisiones.
- c) Vencimiento anticipado, hecho que afectará a la liquidación, ya que habrá unos intereses no devengados.
- d) La exigencia de cuotas comprensivas de capital e intereses no vencidos, como cláusula de carácter penal que debe ser tenida en cuenta a la hora de la liquidación a salvo de su ilicitud.
- e) En general, cualquier incidencia que afecte a la liquidación, como el hecho de no haberse cobrado intereses de demora, o no capitalizar los intereses a pesar de estar pactados en el contrato, lo que produciría una discordancia con lo pactado en la póliza de crédito, reclamándose menor cantidad que la realmente exigible al deudor.

En definitiva, y a modo de conclusión, el documento fehaciente debe proporcionarle al juez todos los elementos que puedan serle de utilidad para realizar el examen previo que le exige el artículo 1.440 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ya que el despacho de mandamiento de ejecución no es un acto automático, sino que exige una valoración previa por parte del juez.

BIBLIOGRAFIA

- BROSETA PONT, MANUEL: «Manual de Derecho Mercantil». Novena Edición, 1991. Editorial Tecnos.
- CONSEJO GENERAL DE LOS COLEGIOS OFICIALES DE CORREDORES DE COMERCIO: «Jurisprudencia en materia de juicio ejecutivo». Editorial Dykinson. Madrid, 1994.
- DE LA OLIVA SANTOS, ANDRES: «Nuevas consideraciones sobre el artículo 1.435 de la ley de Enjuiciamiento Civil: Liquidez de los créditos bancarios en el juicio ejecutivo». La Ley, marzo 1989.
- DIAS RUIZ, EMILIO: «Ejecución de pólizas bancarias de crédito» R.D.B.B. nº 30, 1988.
- DOMINGO GONZALEZ, VICENTE: «Contribución de los Corredores de Comercio a la seguridad jurídica del sistema financiero y a la defensa de los derechos de usuarios y consumidores». La Ley, julio 1993.
- DURAN BRUJAS, MIGUEL: «Notas sobre la modificación del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 34/84 de 6 de agosto» VII Seminario de Fe Pública Mercantil, 1984.
- FERNANDEZ-MARTOS BERMUDEZ-CAÑETE, EMILIO: «Normas y formularios sobre contratación bancaria». Editorial Saetavis, Valencia 1988.
- GARRIGUES, JOAQUIN: «Curso de Derecho Mercantil». Madrid, 1955.
- ILLESCAS, R.: «Los contratos bancarios» RDBB nº 34, 1989.
- MARCOS COS, JOSE MANUEL: «Juicio ejecutivo y liquidez de las pólizas de apertura de crédito y de préstamo». Ponencia del Curso de Formación y Perfeccionamiento de jueces y Magistrados de la Comunidad Valenciana. Consejo General del Poder judicial y Generalitat Valenciana, 1992.
- MOXICA ROMAN: «Las pólizas bancarias. Ejecución, oposición y prelación» Editorial Aranzadi. Pamplona 1993.
- NIETO CAROL, UBALDO: «La liquidez de los contratos bancarios. El artículo 1.435.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». La Ley, tomo I, 1993.
- ORTIZ NAVACERRADA, SANTIAGO: «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de febrero de 1992 sobre la constitucionalidad del artículo 1435.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». Actualidad Civil nº 20, semana 18-24 mayo 1992.
- ORTIZ NAVACERRADA, SANTIAGO, Y OTROS: «Contratos bancarios», Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio en colaboración con el Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid. Editorial Cívitas, Madrid, 1992.
- PIETRO CASTRO: «Tratado de Derecho Procesal». Editorial Aranzadi.
- RON SERRANO, FERNANDO. «La determinación de la liquidez en las Pólizas Bancarias a los fines de ejecución». Boletín del Colegio de Abogados de Madrid, núm. 6, 1985.
- SANCHEZ HERRERO, JOSE RAMON: «Contratos bancarios». Recopilación de ponencias y comunicaciones. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1992.
- SOBRINO BLANCO, ANGEL LUIS: «La realización de los contratos bancarios en el juicio ejecutivo: la problemática de la liquidez». Recopilación de ponencias y comunicaciones. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1992.
- URIA, RODRIGO: «Derecho Mercantil». Marcial Pons. Madrid, 1991.
- VALLES BAREA, J.R. Y OTROS: «Contratos bancarios de crédito de cuenta corriente y préstamo». La Ley, mayo 1992.
- VILLALBA LAVA, MERCENARIO: «Breve estudio sobre algunas cláusulas que de ordinario figuran impresas en las pólizas de los contratos de crédito». La Ley, febrero 1993.

NOTAS:

(1) Véanse Sentencia de 12 de noviembre de 1991 de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 4ª) y Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de 19 de diciembre de 1952, 15 de junio de 1961 y 8 de junio de 1966.

(2) Véase: Vicente DOMINGO GONZALEZ: «Contribución de los Corredores de Comercio a la seguridad jurídica del sistema financiero y a la defensa de los derechos de usuarios y consumidores», la Ley, julio 1993.

(3) Véase Mercenario VILLALBA LAVA: «Breve estudio sobre algunas cláusulas que de ordinario figuran impresas en las pólizas de los contratos de crédito», la Ley, 5 de febrero de 1993.

(4) La liquidación de un crédito practicada por el Banco en su vencimiento, o antes de éste, a voluntad de ambas de las partes. Previo aviso, hará fe en juicio y a ella se someterá anticipadamente en la póliza el acreditado, considerándose líquida la cantidad que de la certificación librada por el establecimiento resulte, a los efectos de que con ella la póliza vencida lleve aparejada ejecución, después de su comprobación judicial en los registros del agente mediador.

(7) Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de febrero de 1992 (RTC 1992,14).

(8) Véase José Manuel MARCO COS: «Juicio ejecutivo y liquidez de las pólizas de apertura de crédito y de préstamo». Ponencia del Curso de Formación y Perfeccionamiento de Jueces y Magistrados de la Comunidad Valenciana. Consejo General del Poder Judicial y Generalitat Valenciana, 1992.

(9) Vid. Artículo 1.435.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(10) Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 5 de abril de 1991.

(11) FERNANDEZ MARTOS BENAVIDES-CAÑETE, «Normas y Formularios sobre contratación bancaria», Edt. Saetabis, Valencia 1988.

(12) Circulares nº LXV/84 de 4 de octubre y LXXXII/84 de 10 de noviembre.

(13) Véase F. RON SERRANO, «La determinación de la liquidez en las pólizas bancarias a los fines de ejecución», Boletín del Colegio de Abogados de Madrid nº 6 de 1985.

(14) Se trata de constituir una prueba semiplena incorporada a un documento fehaciente por el perito, que gozará por ello del carácter público de este y cuya única eficacia es la de servir como requisito para incoar un procedimiento judicial.

(15) Circular del Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, III-31 de 3 de septiembre de 1984.

(16) Véase Ubaldo NIETO CAROL: «La liquidez de los contratos bancarios. El artículo 1.435.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», La Ley, marzo 1993.