

1.3. Derechos reales

*SUBROGACIÓN DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO. DERECHO A ENERVAR LA SUBROGACIÓN POR EL PRIMER PRESTAMISTA.—POSIBILIDAD DE ENERVAR LA SUBROGACIÓN POR EL PRIMER ACREEDOR HIPOTECARIO, SIEMPRE QUE SE COMUNIQUE DE MANERA FEHACIENTE Y VIN-
CULANTE AL DEUDOR LA VOLUNTAD DE NOVAR EL PRÉSTAMO EN LAS MISMAS CONDICIONES OFRECIDAS POR LA ENTIDAD QUE PRE-
TENDÍA SUBROGARSE. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE NOVIEM-
BRE DE 2003.)*

Ponente: Excmo. Señor don Antonio Romero.

Antecedentes.—Caja Rural del Jalón formuló demanda contra Banco Central Hispano Americano, S. A., don César Castillo y doña María Pilar Usán, solicitando se declarase que había ejercitado válidamente su derecho a enervar la subrogación pretendida por el mencionado Banco respecto de los créditos que la actora había concedido a los cónyuges codemandados, así como la nulidad de las escrituras públicas otorgadas para formalizar tal subrogación, y que se ordenase en consecuencia la cancelación de los asientos registrales correspondientes. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó parcialmente las pretensiones que había deducido CAJALÓN, declarando la validez y eficacia de la pretensión de enervar la subrogación que habían realizado los demandados, concediendo a los cónyuges un plazo para formalizar con la actora la novación modificativa de los préstamos hipotecarios, bajo apercibimiento de que en otro caso quedarían subsistentes los mismos en sus términos originales.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso de casación interpuesto por BCH, denunciando infracción del artículo 1692.4, por vulneración del artículo 2 LSMPH, entendiendo que debe proceder la enervación por parte del primer acreedor hipotecario.

Doctrina.—Entiende que el derecho a subrogar al acreedor hipotecario del deudor es una mera potestad atribuida al deudor en el supuesto de que el primer acreedor no preste la colaboración debida, y por lo tanto, lo que se concede al deudor es un simple poder jurídico que le faculta para influir sobre situaciones jurídicas preexistentes sin que el ejercicio de tal poder haga recaer

En esta misma línea ha profundizado la sentencia de 20 de septiembre de 2002 (recurso núm. 506/97), subrayando la obligación de las partes de facilitar la prueba biológica acordada por el órgano jurisdiccional porque de no hacerlo vulnerarían los artículos 24.1, 14, 39 y 118 de la Constitución al causar indefensión a la parte demandante, provocar una inadmisble discriminación por razón de la filiación, quebrantar la protección integral de los hijos y negar una colaboración requerida por el órgano judicial. Y como colofón de su razonamiento, esta misma sentencia concluye del siguiente modo: «Así, en definitiva: si hay prueba suficiente se declara la filiación, pese a una negativa a la prueba biológica; si la prueba es insuficiente, la negativa es un valioso elemento probatorio que, unido a los indicios, permite declarar la filiación; si la prueba es más endeble, el demandado que se ha negado a suministrar la prueba decisiva, sufre la carga de soportar la falta de la misma, sin que deba recaer en quien reclama filiación».

una verdadera obligación sobre el otro sujeto de la relación o situación mencionada. Y teniendo en cuenta que lo que pretende la LSMPH es, precisamente, que el deudor se vea favorecido por la mejora de los tipos de interés, si éstos se ven igualados por el primer prestamista, y en consecuencia éste colabora a esa modificación de las condiciones, ha de concluirse que el primer prestamista, si colabora tiene verdadero derecho a enervar la subrogación prevista e iniciada. Y la actuación que la Ley impone al acreedor originario para el ejercicio de su derecho a enervar, consistente en formalizar con el deudor en un plazo de quince días la novación modificativa igualatoria de la oferta, debe interpretarse en el sentido de que dicha exigencia queda cumplida con la comunicación fehaciente y vinculante que el acreedor realice al deudor de llevar a cabo la novación dentro del plazo señalado.

COMENTARIO

La Ley de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios (Ley 2/1994, de 30 de marzo) surgió como respuesta a la demanda social que venía exigiendo un mecanismo para poder adaptar los préstamos hipotecarios constituidos con altísimos tipos de interés a los nuevos tipos más rebajados que favorecían al deudor hipotecario, tal y como se establece en su Exposición de Motivos: «El descenso generalizado de los tipos de interés experimentado en los últimos meses ha repercutido, como es lógico, en los préstamos hipotecarios, y parece razonable y digno de protección que los ciudadanos que concertaron sus préstamos con anterioridad a la bajada de los tipos puedan beneficiarse de las ventajas que supone este descenso».

Por ello, la finalidad pretendida por esta Ley es favorecer y dar al deudor esa posibilidad de modificar las condiciones de tipo de interés; bien subrogando sus hipotecas a otro acreedor, o bien, de forma más sencilla, mediante la novación modificativa con respecto al tipo de interés e incluso el plazo, en el mismo e inicial préstamo hipotecario, «operación que resultará muy beneficiosa para el deudor por ser la que soporta menos gastos y muy estimulante para el acreedor al darle ocasión de no perder su cliente», como añade la Exposición de Motivos de la Ley. En principio, parece razonable pensar que sólo si esta segunda opción no fuera posible, cabría la posibilidad de subrogar al primitivo acreedor hipotecario por uno nuevo, que sí ofrece mejores condiciones, por ser la novación modificativa más sencilla y beneficiar a ambas partes, y gozar de las mismas ventajas arancelarias y fiscales que la subrogación.

Pero otra cosa es que en la realidad práctica, muchas veces se prefiera y se venga utilizando más la subrogación —que parece más dificultosa—, produciéndose un mayor número de subrogaciones que de modificaciones en los préstamos hipotecarios.

Lo que quiero decir con esto es que, en una primera interpretación de la Ley y su finalidad, se podría pensar que lo importante y para lo que se elaboró esta Ley es para conseguir una mejora en las condiciones del tipo de interés del préstamo. Y si esto se consigue pactándolo con la primitiva entidad de crédito, es más fácil, más sencillo y se obtiene el beneficio común, tal y como ya se ha manifestado y pone de relieve la sentencia que se comenta.

En consecuencia con esta interpretación, el derecho a enervar la subrogación iniciada por el primer acreedor, siempre que iguale o mejore la oferta hecha por la otra entidad financiera, debe ser válida y eficaz, pues de este

modo se está cumpliendo con la finalidad pretendida por la Ley: mejorar para el deudor las condiciones del tipo de interés.

Si esa enervación dependiera exclusivamente de la posterior aceptación por el deudor (como puede interpretarse del propio art. 2) (1), y éste se negara a formalizar con el primitivo acreedor la novación, dejaría entrever que el pretexto o razón del deudor para la subrogación no es tanto conseguir la mejora de tipos de interés (que ya consigue de esta manera) sino aprovechar la Ley para conseguir (suponemos que por otros motivos) un cambio de acreedor, obteniendo la rebaja de los aranceles que facilita esta Ley. Cuando, si su pretensión real era la de cambio de acreedor sin más, podría hacerlo por el artículo 1.211 del Código Civil, que permite esa subrogación sin consentimiento del acreedor subrogado; eso sí, sin rebaja arancelaria ni ventajas fiscales, pues no sería un supuesto de la LSMPH. ¿Trata el deudor entonces de obtener un beneficio que en principio no le correspondería disfrazándolo de una subrogación de la Ley 1994? No hay que olvidar que los supuestos que recoge son absolutamente excepcionales y por tanto merecen una interpretación restrictiva.

Esta postura es la que parece defenderse por la propia Comisión del Registro de la Propiedad, pues mantienen que «si ejercitado por la primitiva entidad el derecho de enervar mejorando o igualando las condiciones de la oferente, el deudor no consiente la novación modificativa, el convenio que celebre con la Entidad oferente parece que no tendrá efectos subrogatorios de esta Ley. El precepto no lo dice claramente, pero se considera una interpretación adecuada a su espíritu y finalidad».

Por otra parte, la doctrina, y entre ellos, HERNÁNDEZ ANTOLÍN (2), corrobora esta postura, o tesis, en el sentido de que considera que si la mejora del tipo de interés (que es el único interés protegible del deudor por esta Ley) es ya satisfecho por el acreedor a través de cierta igualación de las condiciones financieras, carecerá de justificación reconocerle el derecho a sustituirlo por un nuevo acreedor, cuya oferta mejora al antiguo.

Sin embargo, el problema no siempre se ve así, y aunque la tesis expuesta tiene muchos puntos razonables, también hay que tener en cuenta que la oferta vinculante que puede hacer la segunda entidad crediticia puede ser igualada en cuanto al tipo de interés, pero no en cuanto a otras condiciones, tal y como subraya JOSÉ LÓPEZ LIZ (3). Y, por lo tanto, el deudor debe seguir manteniendo el derecho a subrogar al mismo, pues su oferta es mejor que la del primero. En efecto, la posibilidad de enervación puede debilitar la fuerza de la subrogación, pero, como mantiene este autor, no la mata, sino que debe seguir vigente, y debe caber al amparo de la Ley, aun cuando la oferta haya sido igualada por el nuevo acreedor y mal que le pese al primitivo. Según este autor, la interpretación que hemos expuesto antes no es la correcta, sino que el hecho de que el deudor no formalice la novación, o no colabore con la

(1) El artículo 2.3 LSMPH establece que para que la enervación sea válida y eficaz es preciso que se formalice con el deudor la novación modificativa pretendida y ofrecida por el primitivo acreedor en un plazo de quince días.

(2) Véase HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M., «Breve análisis de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *RCDI*, núm. 662, 1994, págs. 1199 y sigs.

(3) Véase LÓPEZ LIZ, J., *Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, págs. 128 y sigs.

enervación instada por el primitivo acreedor, no quiere decir que no pueda seguir adelante con la subrogación iniciada, quedando ésta dentro del ámbito de la Ley (4). El fundamento de la enervación es la protección del deudor, pues sólo habrá efectiva enervación si en el plazo de quince días se suscribe la novación modificativa consentida por el deudor y, añade LÓPEZ LIZ, que con ello se pretende facilitar el que pueda obtener unas condiciones más favorables de su acreedor. Así, se obtiene igualmente la finalidad pretendida por la Ley, que es ofrecer condiciones más favorables para el deudor en su préstamo hipotecario.

El Tribunal Supremo parece compartir más la tesis expuesta en primer lugar, pues considera que «la Ley 2/1994 facilita al deudor el poder iniciar un proceso de subrogación de otro acreedor, el cual alcanzará la finalidad pretendida si el prestamista originario no presta su colaboración... Si hay tal colaboración, la subrogación iniciada quedará enervada». Admite, por tanto, que el poder enervar la subrogación por el primer acreedor hipotecario es un verdadero derecho. Y para que éste sea eficaz, basta con la comunicación fehaciente y vinculante al deudor dentro del plazo de quince días señalado. No es, entonces, necesaria la formalización de la novación dependiente del deudor para que esa enervación produzca efectos, tal y como parece desprenderse de la literalidad de la Ley.

Entiendo que el razonamiento del Tribunal Supremo es absolutamente lógico y coherente con la línea argumental que se defiende, pues sólo entendiendo que la formalización se equipara a la comunicación, se respeta verdaderamente el derecho a enervar del primer acreedor hipotecario, que, de otra forma, queda «en manos del deudor». Pero me parece que puede ser una interpretación un tanto amplia de la Ley 2/1994, que siempre debe ser interpretada de forma restrictiva. Luego, creo que teniendo en cuenta esto, y la segunda tesis expuesta en virtud de la cual el deudor no tiene porqué «soportar» la enervación si la oferta vinculante, en términos generales, es mejor, surgen dudas en torno a la decisión del Tribunal Supremo, que a lo mejor debe matizarse.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

CANCELACIÓN DE HIPOTECA. NECESIDAD DE CONSENTIMIENTO CANCELATORIO DEL TITULAR.—NO ES SUFICIENTE UNA CARTA DE «CANCELACIÓN ECONÓMICA». (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 8 DE ENERO DE 2004.)

Antecedentes.—El titular dominical de una finca solicita la cancelación de la inscripción de hipoteca que recae sobre la misma, mediante la presentación de la instancia de solicitud y certificado expedido por la entidad acreedora en el que declara que el préstamo garantizado con la hipoteca ha sido cancelado económicamente.

(4) En concreto, LÓPEZ LIZ sostiene que la Ley «en absoluto dice, ni clara, ni ambiguamente, que el desaire del deudor a la oferta igualatoria de su primitiva acreedora, le impedirá acogerse a los beneficios de la subrogación que la Ley establece», véase, *ob. cit.*, pág. 131.