

las partes es el exceso de la cantidad concurrente, es decir, es la diferencia entre el Haber y el Debe de la cuenta corriente obtenida según la voluntad de las partes mediante compensación progresiva o global. Por lo que creo que al cierre no pueda producirse la novación salvo pacto expreso de las partes, porque este exceso o saldo no es incompatible con la antigua obligación, dado que es la misma menos una cantidad». Sin embargo, y separándose del criterio seguido en este comentario, esta autora, a continuación, y tras probar que no existe novación en estos casos, llega a la conclusión de que ésta (la novación) no es elemento esencial de los contratos de cuenta corriente.

La DGRN confirma la primera parte de esta tesis, estableciendo en su doctrina que la simple reunión contable de las operaciones realizadas en una cuenta corriente (que es lo que ocurre en este caso) no produce la novación necesaria para transformar las distintas obligaciones en una sola y única obligación resultante del contrato de cuenta corriente de crédito; baste ver, al respecto y a modo de ejemplo, las siguientes Resoluciones: 23 de diciembre de 1987; 11 de enero de 1995; 30 de marzo de 1998; 6 de junio de 1998; 24 de julio de 1998; 7 de junio de 1999; 27 de julio de 1999.

Si no existe una novación extintiva que haga nacer esa única obligación, quiere decir que persisten las anteriores obligaciones con existencia propia, e independiente sin nexo causal, lo que hace imposible la existencia de una sola hipoteca en garantía de todas ellas, pues se vulnerarían los principios de determinación registral y de accesoriedad hipotecaria. Solamente podrían inscribirse (para dar cumplimiento al viejo axioma 1 obligación = 1 hipoteca) como distintas hipotecas; tantas como obligaciones existan. Como eso no se hace, ha de rechazarse, como bien dice la DGRN, esa hipoteca flotante o sumidero en garantía de múltiples y variadas obligaciones, pues su existencia vulnera los principios más elementales hipotecarios, y hasta la fecha no ha sido admitida.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

HIPOTECA. SUBROGACION LEY 2/94. INAPLICABILIDAD A CREDITO EN CUENTA CORRIENTE.—LA LEY 2/94 DEBE APLICARSE A PRESTAMOS O A APERTURAS DE CREDITO UNA VEZ QUE SE CONVIERTAN EN DEUDA ORDINARIA. NO CABE, POR TANTO, SU APLICACION A CREDITOS EN CUENTA CORRIENTE SI, POR RAZON DE LAS ESTIPULACIONES PACTADAS O POR LA FALTA DE CONCURRENCIA DE LAS PARTES INTERESADAS (ACREEDORA Y DEUDORA), NO PUEDE ENTENDERSE PRODUCIDA AQUELLA CONVERSION. (RESOLUCIÓN DE 17 DE JULIO DE 2001. BOE DE 21 DE AGOSTO DE 2001.)

RESOLUCION de 17 de julio de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Jesús María Alcalde Barrio, en nombre y representación de la Caja de Ahorros de Asturias, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad de Oviedo, número 5, don José María Cadenaba Coya, a inscribir una subrogación de hipoteca en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Jesús María Alcalde Barrio, en nombre y representación de la Caja de Ahorros de Asturias, frente a la

negativa del Registrador de la Propiedad de Oviedo, número 5, don José María Cadenaba Coya, a inscribir una subrogación de hipoteca en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. Por escritura otorgada el 6 de marzo de 1997 ante el Notario de Oviedo don Francisco Sapena Davo, como sustituto y para el protocolo de su compañero de residencia don José Antonio Caicoya Cores, los cónyuges don P. P. S. y doña O. F. C. subrogaron a la Caja de Ahorros de Asturias, en la extensión y alcance que resulta del artículo 1.211 y concordantes del Código Civil, en un crédito garantizado con hipoteca del que aquéllos eran deudores frente a «Herrero, Sociedad de Crédito Hipotecario, Sociedad Anónima», previo traslado a «Banco Herrero, Sociedad Anónima» de la oferta vinculante aceptada por los interesados sin que transcurridos siete días, la entidad prestamista hubiera aportado certificación de la deuda pendiente y habiéndose negado a aceptar el pago de la cantidad presupuestada como adeudada que la Caja de Ahorros de Asturias depositó en poder del Notario autorizante a disposición de la entidad acreedora.

Dicho crédito era uno de los cuarenta y dos en cuenta corriente que «Herrero, Sociedad de Crédito Hipotecario, Sociedad Anónima» había concedido inicialmente a «Huerta del Cortijo, Sociedad Anónima», «Riva del Cortijo, Sociedad Anónima» y «Promociones y Desarrollos Urbanos, Sociedad Anónima», el que es objeto de subrogación hasta el límite de diecisiete millones doscientas cincuenta mil pesetas, con destino a la construcción de diversas fincas, y cuyo régimen de disponibilidad quedó determinado en la correspondiente escritura, otorgada el 17 de julio de 1995, en función del grado de ejecución de las obras a financiar, si bien cumplidos treinta y seis meses desde la fecha del otorgamiento quedarían los límites de disponibilidad reducidos a las cantidades hasta entonces realmente dispuestas. Se fijó el plazo de vigencia del crédito en veinticinco años, con un plazo de carencia de tres años durante el cual no se devolvería capital, plazo que finalizaría automáticamente cuando se produjera la compraventa de la finca hipotecada con subrogación de los compradores en el crédito, momento a partir del cual se iría reduciendo mensualmente el límite de disponibilidad en porcentajes crecientes sin perjuicio de facultar al acreditado para hacer entregas en cualquier momento que reduciría el saldo deudor, quedando en tal caso reducido el límite de disponibilidad en igual cuantía a la del ingreso. Quedó garantizado con hipoteca el saldo resultante de la cuenta hasta el límite de veintiún millones seiscientos cuarenta y ocho mil setecientas cincuenta pesetas más otros tres millones doscientas cincuenta mil pesetas para costas y gastos. Por último, para el caso de transmisión de cualquiera de las fincas hipotecadas, la prestamista consintió la asunción por parte del adquirente o adquirentes del saldo deudor total que arrojase la correspondiente cuenta de crédito y que sería siempre igual a la cantidad dispuesta y no amortizada más los intereses y, en su caso, comisiones que se devengaren y demás adeudos que se hicieren por cualquier concepto en la misma, considerándose operada la subrogación no novatoria del respectivo crédito con dicho adquirente o adquirentes, siempre que resultasen cumplidas ciertas condiciones cuya falta supondría la subsistencia de la responsabilidad del primitivo deudor sin producirse subrogación alguna salvo consentimiento por escrito del acreedor.

Finalmente, por escritura otorgada el 30 de julio de 1996, los prestatarios iniciales vendieron a los cónyuges O. P. S. y O. F. C., la finca hipotecada por

precio de veinte millones ciento cincuenta mil pesetas, del que quince millones quinientas mil pesetas, como saldo en aquel momento del crédito hipotecario garantizado por la misma, las retuvo la parte compradora para pago de dicho crédito que asumió, subrogándose en la hipoteca y en la condición jurídica de acreditada, liberando a la parte vendedora de toda responsabilidad derivada de dicho crédito.

II. Presentada copia de la escritura de subrogación en el Registro de la Propiedad, número 5, de los de Oviedo, fue calificada con la siguiente nota: «Se deniega la inscripción porque la operación de subrogación de la presente escritura no se ajusta a los términos estrictos de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, ya que en el presente caso existe un contrato de cuenta corriente pactado entre el deudor y la entidad acreedora, y la referida Ley únicamente prevé su aplicación a los préstamos. El defecto se estima insubsanable por lo que no se toma anotación preventiva de suspensión. Contra la presente nota de calificación cabe recurso gubernativo en el plazo de cuatro meses desde su fecha (art. 66 de la Ley Hipotecaria y art. 112 de su Reglamento). Oviedo, 20 de febrero de 1998. El Registrador». Sigue la firma.

III. Don Jesús María Alcalde Barrio, apoderado de la Caja de Ahorros de Asturias, interpuso en nombre de la misma recurso gubernativo frente a la anterior calificación alegando: Que la norma contenida en el artículo 1.211 del Código Civil, aletargada hasta la promulgación de la Ley 2/1994, que se auto-proclama desarrolladora del mismo, no ve recortado su ámbito de aplicación, pues en modo alguno se establece así expresamente, y dicha norma permite la subrogación sin consentimiento del acreedor sin distinción entre la figura del préstamo y la del crédito, haciendo referencia tan sólo al deudor y la deuda a pagar, y todos sus requisitos, tomar dinero a préstamo, expresar el fin para el que se hace y constar en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada se han cumplido, por lo que se ha producido una novación modificativa por cambio de acreedor con subsistencia de la obligación; Que si el crédito en cuenta corriente es aquél en que el banco se obliga a poner a disposición del cliente, hasta el límite pactado y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero o realizar otras prestaciones, en el que ahora se contempla resulta que hay un plazo de carencia absurdo en los créditos en cuenta corriente durante los que no se devolverá capital, lo que profundiza en el absurdo, pues en el crédito puede que no llegue a disponerse hasta el límite concedido con posibilidades de realizar entregas anticipadas incoherentes en las cuentas corrientes de crédito, quedando, en tal caso, reducido el límite de disponibilidad, circunstancia delirante si se trata de una cuenta corriente de crédito, por lo que, sea cual sea el nombre que se le diera, tal figura crediticia es un préstamo porque la única actividad del deudor respecto del crédito fue subrogarse en la deuda por el importe dispuesto por el promotor y nada más, pues las obligaciones de la entidad acreedora acabaron ahí, en esa subrogación, pues cualquier entrega hecha por el deudor reduce el límite del crédito sin devenir disponible en el futuro. Para el deudor, en definitiva, siempre fue un préstamo, ya que sólo pudo subrogarse en las cantidades dispuestas por el promotor, que fueron inferiores al límite de disponibilidad. Que si la finalidad de la Ley 2/1994 era beneficiar a los deudores de la bajada de tipos de interés, no cabe interpretarla restrictivamente y ha de hacerse extensiva a los créditos hipotecarios.

IV. El Registrador informó en defensa de su nota: Que la Ley 2/1994, por su carácter especial y en cierto modo expropiatoria, exige una interpretación

si no restringida, dada la bondad de los fines que persigue, tampoco extensiva, sino rigurosa y estricta, evitando su aplicación a supuestos no previstos en ella, a fin de no perjudicar no sólo al primer acreedor, sino también a terceros que hayan inscrito su derecho en el período intermedio hasta la subrogación, que si bien no lo serán en cuanto exista una mejora de las condiciones del tipo de interés del préstamo a subrogar, sí pueden verse afectados si cambia la clase de hipoteca; Que dicha Ley, tanto en su Exposición de Motivos como en su articulado, se refiere siempre a préstamos hipotecarios, y permite tan sólo una mejora en las condiciones del tipo de interés, no así cualquier otra modificación de las circunstancias del préstamo hipotecario, con lo que excluye que como consecuencia de la subrogación se transforme un préstamo en un contrato de cuenta corriente o a la inversa. Que pese a los intentos del recurrente de asimilar el crédito garantizado a un préstamo, estamos en presencia de un crédito en cuenta corriente, así denominado por las partes y como tal inscrito, vinculado a una concreta cuenta no susceptible de trasladarse a otra y mucho menos si es distinta la entidad acreedora sin que medie una cesión de contrato. Que las figuras contractuales del préstamo simple y el crédito en cuenta corriente, por más que participen de la misma finalidad son distintas, tal como ha puesto de relieve la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de junio de 1989, con referencia precisamente a la subrogación prevista en el artículo 1.211 del Código Civil, siendo de tener en cuenta la doctrina de la Resolución de 23 de diciembre de 1987, posteriormente reiterada, sobre la diferencia entre la mera reunión contable de diversas partidas de crédito y la cuenta bancaria como instrumento contable de una relación contractual, de suerte que, de practicarse la inscripción pretendida, se habría operado una transformación de la operación inicialmente convenida de apertura de crédito en cuenta corriente, en otra de préstamo simple. Que son distintas las consecuencias registrales de la inscripción de una hipoteca según sea en garantía de un préstamo, que como operación cerrada supone la entrega del capital que hay obligación de devolver, o en garantía de un crédito en cuenta corriente, operación abierta en la que el prestamista se obliga a mantener la disponibilidad del mismo durante cierto plazo, disponibilidad de la que el acreditado puede hacer uso o no y en la cantidad que desee, de suerte que, mientras que en la primera todos los elementos de la obligación garantizada están determinados en el Registro, en la segunda su determinación ha de hacerse fuera de él. Siendo distintas una y otra hipoteca, la Ley especial no permite su modificación si no es con acuerdo de todos los interesados y sin que la expedición de la certificación acreditativa del débito, ni en ingreso realizado para su pago al amparo de la misma Ley puedan considerarse como prestación del consentimiento del primitivo acreedor para tal fin, en cuanto supone una novación total y plena de la primitiva por la nueva. En cuanto al argumento del recurrente de que con esa configuración de los préstamos bajo la forma de crédito en cuenta corriente se comete fraude a la Ley especial, es de señalar que existiendo como existían y era habituales antes de promulgarse la misma, no fueron tomados en cuenta por el legislador, con lo que tan sólo cabe para ellos el mecanismo ordinario de la cesión del contrato, conforme a los requisitos de los artículos 1.526 y siguientes del Código Civil, contrato distinto de la subrogación prevista en la Ley 2/1994, sin que quepa admitir la referencia del mismo recurrente a la cooperación del Registrador en dicho fraude, pues la existencia o no del mismo escapa a su función calificadora. Y, finalmente, que pese a las imprecisiones contenidas en la escritura de compra-

venta de la finca, con sus referencias al «préstamo, capital vivo o subrogación en la obligación garantizada» que el Registro ha recogido por imperativo de lo dispuesto en el artículo 51.6 del Reglamento Hipotecario, lo que en realidad existe no es una subrogación sino una «sumisión» en la misma en los términos que figuraba inscrita y que claramente constataban que era una hipoteca en garantía de cuanta corriente.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Asturias resolvió desestimar el recurso confirmando todos los extremos de la nota recurrida aceptando en cuanto a ellos los argumentos del Registrador.

VI. El recurrente apeló el Auto que desestimara su recurso y reiteró sus argumentos en el sentido de que el crédito subrogado no puede considerarse como un crédito en cuenta corriente sino como un préstamo con disposición en varios actos; la existencia de fraude a la finalidad de la Ley 2/1994, la aplicación extensiva de que ésta debe ser objeto; la innecesidad de consentimiento del primitivo acreedor, una vez que lo prestó para la asunción de la deuda por los compradores en cuanto al saldo deudor total que arrojase la correspondiente cuenta, limitado a la cantidad dispuesta y no amortizada; que en todo caso la hipoteca, en cuanto garantiza unos intereses variables, ya es de por sí una hipoteca de máximo conforme a la doctrina de este Centro Directivo y, por último, que no existen razones para diferenciar la responsabilidad hipotecaria por principal e intereses, dada la autonomía de la voluntad para fijar éstos dentro de los límites legales, diferenciación por otra parte resultante de comparar el límite de disponibilidad pactado y el máximo total garantizado con la hipoteca.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1, 2 y 5 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, y los artículos 3, 1.211 y 1.753 y siguientes del Código Civil; 12, 143 y 144 de la Ley Hipotecaria y las Resoluciones de 16 de junio y 13 de julio de 1999 y 18 de junio de 2001.

1. Se plantea en el presente recurso la posibilidad de hacer uso del derecho regulado en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogar a una nueva entidad financiera en la titularidad de los préstamos hipotecarios en el caso de crédito en cuenta corriente con garantía hipotecaria.

2. El supuesto de hecho planteado es inicialmente análogo al que abordara la Resolución de 18 de junio del corriente año. Se decía en ella que la finalidad declarada en la Exposición de Motivos de aquella Ley, el permitir beneficiarse de la bajada de los tipos de interés a los prestatarios que tenían concertados sus préstamos con anterioridad, unida a su carácter excepcional en cuanto impone al titular de un crédito su transmisión forzosa, han de conducir a una interpretación estricta que huya tanto del criterio extensivo a que conduciría su finalidad, como del restrictivo que aconsejaría su especialidad. Y en esa línea entendió que, dentro del concepto «préstamo hipotecario» contenido en el artículo 1.º de la citada Ley, cabía no sólo aquellos que se adecuasen al régimen del contrato de préstamo regulado en los artículos 1.753 a 1.757 del Código Civil, y 311 y siguientes del Código de Comercio, sino todos aquellos otros que partiendo de otra configuración, fuesen contratos consensuales de préstamo futuro, incluso aperturas de crédito que desembocasen posteriormente en una situación asimilable al préstamo como relación jurídica unilateral, de suerte que si la interpretación del régimen legal de subrogación en los préstamos hipotecarios ha de hacerse atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad, tal como impone el artículo 3 del Código Civil, hay que

llegar a la conclusión de que cabe su aplicación a esas situaciones que han devenido perfectamente equiparables a un préstamo hipotecario.

3. Ahora bien, el caso ahora planteado difiere del entonces resuelto. En ambos, el banco abría a un promotor inmobiliario una serie de créditos destinados a financiar la construcción de otras tantas viviendas, de los que aquél podría ir disponiendo en función del grado de desarrollo de las obras e, igualmente, en ambos se convino que, llegado el mes treinta y seis desde la fecha del otorgamiento, o antes, si se producía la venta de la finca hipotecada con subrogación del adquirente, el límite de disponibilidad se reduciría a las cantidades hasta entonces dispuestas, cuyo importe habría de amortizarse en un plazo no prorrogable de veinte años, con rebajas mensuales del límite de disponibilidad conforme a un cuadro que incrementa progresivamente la cuantía de las reducciones, lo que indirectamente determina el importe de las cuotas de amortización. Pero mientras que en el primero a la hora de formalizar la venta de la finca hipotecada con fijación de la suma debida y asunción de la deuda por los compradores intervenía el acreedor, de suerte que consentía tanto la concreción de la deuda como su asunción, y todo ello tenía el correspondiente reflejo registral con el alcance que resulta de los artículos 143 y 144 de la Ley Hipotecaria, en el ahora planteado la concreción y asunción de deuda se han convenido sin intervención del acreedor.

Al no resultar por tanto de los asientos del Registro que se haya producido aquella conversión del crédito en cuenta corriente, como relación jurídica compleja con obligaciones por ambas partes, en una relación jurídica unilateral de deuda por el saldo que arroja la correspondiente cuenta al finalizar el período de disponibilidad, pues pactado que tal evento tendría lugar bien por la asunción de la deuda existente al tiempo de la transmisión de la finca en las condiciones pactadas, bien a los treinta y seis meses desde la formalización del contrato, falta la constancia de que la asunción de deuda ha tenido lugar en aquellos términos y el plazo previsto no había transcurrido cuando se pretende la subrogación cuya inscripción se ha rechazado, ha de confirmarse la Resolución apelada.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso, confirmando el auto apelado.

Madrid, 17 de julio de 2001.—La Directora General, *Ana López-Monís Gallego*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias.

COMENTARIO

El tema que voy a tratar de desarrollar en este comentario y que ha sido la causa del presente recurso ante la DGRN, concierne al ámbito objetivo de aplicación de la Ley 2/1994, sobre Subrogación y Modificación de préstamos hipotecarios.

El debate o desarrollo creo que debe seguir el siguiente esquema: en primer lugar, hay que ver si es posible extender la pretendida subrogación del acreedor hipotecario conforme a la Ley 2/1994, a otras figuras contractuales habituales en la práctica bancaria, o si, por el contrario, ésta sólo es posible con

respecto al contrato de préstamo, al que se refiere expresamente la propia Ley. En segundo lugar, habrá que calificar la naturaleza jurídica del contrato y las obligaciones que se garantizan con hipoteca en este caso, respecto de las cuales se pretende la subrogación, para poder concluir si es posible o no que ésta se lleve a cabo conforme a lo preceptuado en la citada Ley.

1. AMBITO OBJETIVO DE LA LEY 2/1994

Esta Ley surgió, como dice su Exposición de Motivos, para que las personas que hubiesen concertado un préstamo hipotecario con anterioridad a la bajada generalizada de los tipos de interés que se produjo en esos años, pudieran beneficiarse de la misma. Para ello, se permite a los deudores subrogar sus hipotecas a otro acreedor distinto que ofrezca condiciones más ventajosas, eliminando o suprimiendo las dificultades y costes que hasta entonces generaban esta operación.

El artículo 1.2 de esta Ley delimita su ámbito de aplicación, y solamente contempla los préstamos hipotecarios (1), de donde una interpretación estricta nos llevaría a concluir que solamente puede producirse la subrogación del acreedor hipotecario en este tipo de contrato.

Refuerza esta idea el hecho de que en la propia Ley se diga que viene a cumplir con el mandato parlamentario de habilitar los mecanismos necesarios para que los deudores puedan subrogar sus acreedores en aplicación del artículo 1.211 del Código Civil. Es decir, es claro que la subrogación prevista en esta Ley no es sino un desarrollo de la subrogación sin conocimiento del acreedor prevista en el artículo 1.211 del Código Civil.

Y es cierto que esta posibilidad de subrogación del 1.211 del Código Civil hay que interpretarla de manera restrictiva, pues se trata de un supuesto excepcional, y por lo tanto hay que cumplir escrupulosamente los requisitos que allí se exigen, entre los cuales se dice expresamente que la subrogación sólo es posible si se trata de un contrato de préstamo.

Coinciden en esta idea y en la interpretación restrictiva que debe darse a este artículo gran parte de la doctrina y jurisprudencia. En este sentido baste ver la STS de 27 de junio de 1989, que califica al artículo 1.211 del Código Civil de «precepto de interpretación restrictiva dada su excepcionalidad», y por lo que concluye que al no ser un contrato de préstamo sobre el que se pretende la subrogación, no se cumplen los requisitos de dicho artículo, y por tanto no puede operarse dicha subrogación. En el mismo sentido se encuentra la RDGRN, de 7 de diciembre de 1950, que declara que «el deudor podrá realizar la subrogación convencional con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.211 del Código Civil, sin el consentimiento del acreedor, en cuanto cumpla los siguientes requisitos de ineludible observancia. 1.º Que el deudor haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella; y 2.º que al pagar el mismo deudor se consigne en la correspondiente carta de pago la procedencia de la cantidad pagada, circunstancias encaminadas a prevenir posibles abusos en perjuicio o fraude de acreedores posteriores».

(1) Artículo 1.2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo: «La subrogación a que se refiere el apartado anterior será de aplicación a los contratos de préstamo hipotecario, cualquiera que sea la fecha de su formalización y aunque no conste en los mismos la posibilidad de amortización anticipada».

La doctrina también es unánime al interpretar de forma restrictiva la subrogación prevista en el 1.211 del Código Civil, sin consentimiento del acreedor; así, por ejemplo, y entre otros, lo manifiestan SANCHO REBULLIDA, HERNÁNDEZ ANTOLÍN, GUTIÉRREZ SANTIAGO, SANTOS BRIZ, LÓPEZ LIZ (2).

Luego, si existe una subrogación del 1.211 del Código Civil, sólo cabe hacer una interpretación estricta del mismo, y por lo tanto, sólo puede hacerse la subrogación sin consentimiento del acreedor si se cumplen los requisitos en él establecidos; a saber, que se trate de un contrato de préstamo (y sólo para ese contrato), que se haga en escritura pública y que en ella conste que el destino de la suma prestada será el de pagar una deuda concreta del prestatario.

Si, como hemos dicho, la subrogación prevista en la Ley 2/1994, tiene su fundamento en el artículo 1.211 del Código Civil (pues no es sino el mecanismo que facilita y agiliza esa posibilidad legal), debe interpretarse, asimismo, de forma estricta lo que en la Ley se contiene. Y la Ley sólo menciona la posibilidad de subrogación en los préstamos hipotecarios, tal y como confirma la redacción del artículo 1.2, luego parece lógico pensar que sólo puede aplicarse a este tipo de contrato, quedando excluidas de la posibilidad de subrogación del acreedor hipotecario, otro tipo contractual distinto del préstamo.

De igual forma, la referencia expresa de esta Ley a la Ley de Regulación de Mercado Hipotecario hace pensar que debe tratarse del mismo contrato al que esta última hace referencia, y ese no es otro que el préstamo hipotecario, tal y como se contiene a lo largo de todo su articulado. Baste ver, por ejemplo, el artículo 1 LRMH: «Las entidades financieras a las que esta ley se refiere podrán conceder préstamos hipotecarios y emitir los títulos...»; artículo 4 LRMH: «la finalidad de las operaciones de préstamo, a que se refiere esta ley, será la de financiar, con garantía de hipoteca inmobiliaria, la construcción, rehabilitación y adquisición de viviendas, obras de urbanización...».

(2) SANCHO REBULLIDA, F. A., «Comentarios a los artículos 1.203-1.213 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991: Al comentar el artículo 1.211, este autor mantiene que en la novación prevista en el mismo, «el beneficiario es el prestamista, cuya situación se antepone a la de los acreedores anteriores al préstamo pero posteriores a la obligación satisfecha con el préstamo. Su carácter excepcional determina una interpretación restrictiva mediante rigurosa exigencia de la concurrencia de sus requisitos», y entre ellos está el tratarse de un préstamo; 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. 622, mayo-junio 1994, pág. 1208, donde mantiene que el artículo 1.211 del Código Civil contempla un supuesto excepcional que exige que se aplique en sus justos términos, para lo que es preciso que «para pagar el deudor ha de tomar prestado el dinero (préstamo en sentido propio, como el caso del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, crédito...); GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., en AA.VV., *Comentarios al Código Civil* (Bercovitz Rodríguez-Cano, coord.), ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 1440: «El artículo 1.211 contempla un supuesto en que excepcionalmente la subrogación se opera por voluntad del deudor, que en la hipótesis prevista es quien paga, sin necesidad de que lo consienta el acreedor actual e incluso contra su voluntad. Precisamente por su carácter excepcional, el precepto merece una interpretación restrictiva mediante la rigurosa exigencia de observancia de todos los requisitos que establece». En el mismo sentido, defienden el carácter excepcional del artículo 1.211 del Código Civil y su interpretación restrictiva: LÓPEZ LIZ, J., *Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (Análisis práctico de la Ley 2/1994, de 30 de marzo)*, ed. Bosch, Barcelona, 1995, págs. 54-57; SANTOS BRIZ, J., «Comentarios a los artículos 1203-1213 del Código Civil», en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, t. IV, ed. Trivium, Madrid, 1991, pág. 405.

Sin embargo, puede chocar con la mentalidad de la Ley que es, precisamente, conseguir de una forma rápida y sencilla que el deudor pueda favorecerse de la bajada generalizada de los tipos de interés que afectan a sus créditos. Si el legislador quiso dar facilidades al deudor, huyendo del más complicado (y ya previsto) sistema del 1.211 del Código Civil, puede ser que también quisiera apartarse en este punto de la interpretación más estricta.

La doctrina se encuentra dividida: por un parte, hay autores que consideran que la interpretación de la Ley debe ser literal, y que sólo cabe la subrogación con respecto a los préstamos garantizados con hipoteca. En este sentido, GARCÍA MAS (3) mantiene que el ámbito de la Ley, «desde el punto de vista objetivo, debe tratarse de préstamos hipotecarios, y tanto de interés fijo como variable», sin que pueda extenderse a otras figuras. Igualmente, y de forma mucho más concluyente, LÓPEZ LIZ (4) considera que solamente puede aplicarse esta Ley a los préstamos hipotecarios y no a otros supuestos de carácter, al menos dudoso para otros autores, los cuales analiza uno por uno. Eso sí, dentro de los préstamos hipotecarios no existe obstáculo para que pueda aplicarse la Ley 2/1994 a sus distintas modalidades: los que estén instrumentalizados a través de una cuenta corriente, a los de interés fijo o variable, a los anteriores a la entrada en vigor de esta ley, o a los que tengan previsto o no la amortización anticipada.

Por el contrario, existen otros autores que aunque, en un principio, consideran que la Ley sólo debe aplicarse a los préstamos hipotecarios, critican a continuación ese ámbito restringido, cuya razón estriba fundamentalmente en la relación con la normativa del mercado hipotecario, donde sólo se mencionan estos contratos y se plantean la posibilidad de extenderlo a otras figuras. Entre ellos cabe mencionar a NIETO CAROL (5), VATTIER FUENZALIDA (6), RUIZ-

(3) Véase GARCÍA MAS, F. J., «Comentarios a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *RCDI*, núm. 624, septiembre-octubre 1994, pág. 1950.

(4) Véase LÓPEZ LIZ, J., «Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (Análisis práctico de la Ley 2/1994, de 30 de marzo)», *ob. cit.*, págs. 91-94.

(5) Véase NIETO CAROL, U., «Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *Contratos bancarios y parabancarios*, AA.VV., ed. Lex Nova, Valladolid, 1998, pág. 476: «el artículo 1.1 habla de préstamos hipotecarios, lo que implica excluir cualesquiera créditos no procedentes del préstamo. Quedarían así excluidos los créditos garantizados con hipoteca procedentes de cualesquiera contratos crediticios que no sean estrictamente préstamos (por ejemplo, apertura de crédito). Probablemente la razón de la restricción hay que buscarla en la conexión con la normativa sobre el mercado hipotecario, en la que se regula únicamente los contratos de préstamo. Sin embargo no había razón para excluir del ámbito de aplicación de esta ley otras formas de crédito distintas de la estricta del contrato de préstamo».

(6) VATTIER FUENZALIDA, C., «La subrogación y la modificación de los préstamos hipotecarios, según la Ley 2/1994, de 30 de marzo», en *Actualidad Civil*, núm. 31, 1994, pág. 606: después de afirmar que el objeto de la Ley son los préstamos hipotecarios, añade que con respecto al mercado de los préstamos hipotecarios, hay que decir que desde hace tiempo se han generalizado los negocios cuyo objeto es el derecho de crédito... Y es que el derecho de crédito no ha escapado a la ola de «mercificación» que, a juicio de A. Lannarelli, caracteriza a la sociedad postindustrial, y en cuya virtud el crédito, igual que las demás cosas o bienes, entra en la espiral monetaria. De alguna manera, pues, la subrogación de las entidades financieras viene a regular ese tráfico de derechos de crédito, así como las relaciones de agresión y defensa de tales entidades frente al mismo; y de aquí que el nuevo supuesto de subrogación pueda configurarse

RICO (7), y sobre todo a HERNÁNDEZ ANTOLÍN (8) que examina una serie de supuestos dudosos en los que cabría plantearse la aplicación de la Ley. Entre los que sí es posible su aplicación, según este autor, hay que señalar la apertura de crédito cuya admisión defiende basándose en que incluso el préstamo se instrumentaliza contablemente a través de una cuenta; que en la Ley se habla en varios momentos de crédito y no de préstamo; y por las dificultades prácticas que puede suponer para la entidad que se subroga el averiguar por su cuenta la cantidad pendiente de pago. LÓPEZ LIZ (9) critica y rebate los argumentos de HERNÁNDEZ ANTOLÍN, manteniendo que, efectivamente, la Ley habla de créditos, pero se trata de una imperfección técnica; que el hecho de que los préstamos se instrumentalicen a través de cuentas de préstamo no los identifica con cuentas de crédito, cuya diferencia ha sido puesta de relieve por la doctrina en muy distintas ocasiones; y por último, afirma que si la Ley habla sólo de préstamos, y es de interpretación restrictiva, ¿por qué hay que darle más vueltas?

La jurisprudencia también ha interpretado en los últimos tiempos que, aunque en la Ley sólo se hace referencia expresa a los préstamos hipotecarios, no habría problema para extender la subrogación a otras figuras que no siendo préstamos hipotecarios en sentido estricto (es decir, el regulado en los arts. 1.753 a 1.757 del Código Civil), puedan englobarse en esa categoría por su similitud, ya que aunque en su inicio no se asemejen, desembocarán en una relación jurídica unilateral asimilable al préstamo, como puede ocurrir con un préstamo futuro o incluso una apertura de crédito. En este sentido se manifiesta la Resolución de 18 de junio de 2001 (10). Se amplía, por lo tanto, el ámbito objetivo de la Ley, pero limitadamente.

como una regulación parcial del mercado secundario de los préstamos hipotecarios, al menos entre las entidades A y B y las que sucedan eventualmente a esta última, el cual viene a completar el mercado de los títulos hipotecarios».

(7) RUIZ-RICO RUIZ, J. M. y UREÑA MARTÍNEZ, M., «Aspectos civiles de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *Actualidad Civil*, núm. 38, octubre de 1994, págs. 786-790: «Además el artículo 1 LSMPH establece una nueva limitación: han de tratarse de entidades titulares de préstamos hipotecarios. Esto supone excluir a cualesquiera créditos hipotecarios no procedentes del préstamo. Por ejemplo, créditos hipotecarios nacidos de un contrato de compraventa en el que el vendedor asegura el pago total del precio con una hipoteca sobre el inmueble vendido o sobre otro distinto. O bien créditos garantizados con derecho real de hipoteca, provenientes de otros contratos crediticios que no sean propiamente “préstamos”: por ejemplo, cuentas corriente de crédito, dada la diferente naturaleza jurídica atribuida por la doctrina a esta modalidad del contrato bancario. De nuevo, la razón de la restricción hay que buscarla en la conexión con la normativa sobre Mercado Hipotecario, en la cual se regulan únicamente —aparte de la emisión de cédulas, bonos y participaciones hipotecarias— contratos de préstamo (para construcción o adquisición de viviendas o locales, etc.). Por ello, la crítica debería ser la misma que se expuso en el apartado anterior: modificado el artículo 1 en el trámite parlamentario, debería haberse dado entrada a créditos hipotecarios procedentes de otras operaciones bancarias».

(8) HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M., «Breve análisis de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», *ob. cit.*, págs. 1216-1221.

(9) Véase LÓPEZ LIZ, J., «Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (Análisis práctico de la Ley 2/1994, de 30 de marzo)», *ob. cit.*, págs. 95-97.

(10) En este sentido, la Resolución de 8 de junio de 2001, después de diferenciar claramente el préstamo de la apertura de crédito en cuenta corriente, mantiene: «frente

Por mi parte, considero que la interpretación que debe hacerse de la Ley y su artículo 1.2 ha de ser estricta, y sólo debe aplicarse al contrato de préstamo hipotecario, pues donde la Ley no distingue no debemos hacerlo nosotros. Esto es así porque desde los orígenes de la Ley, ya desde el mandato parlamentario que la provocó, el legislador siempre se ha referido al préstamo hipotecario, y además, en la tramitación parlamentaria se cambió la redacción inicial, que regulaba exclusivamente la subrogación en los préstamos hipotecarios para la promoción, adquisición y rehabilitación de viviendas, por la más amplia de «préstamos hipotecarios», y sin embargo, no se aprovechó (si es que esa hubiese sido la voluntad del legislador), para cambiar o ampliar más el ámbito objetivo de la Ley a otros créditos surgidos de otras figuras contractuales distintas del préstamo, garantizados con hipoteca. Por otra parte, los préstamos hipotecarios son mucho más frecuentes en la práctica bancaria, generalmente destinados a comprar o construir una casa o edificio, y tiene, en general, como deudor, a aquél que la exposición de motivos de esta Ley trata de favorecer.

Ahora bien, es el concepto de préstamo hipotecario el que debe delimitarse, pues creo, como parte de la doctrina y de la Resolución citada en el párrafo anterior, que no hay problema para considerar como préstamo hipotecario a esas figuras o situaciones contractuales que son perfectamente asimilables a la misma en su devenir, por transformarse en una sola y única relación jurídica unilateral = la obligación del prestatario de devolver lo mismo que se le prestó.

Luego, sólo si en el caso que se analiza, la figura garantizada con hipoteca es un préstamo, al menos en sentido amplio, podrá ser posible la subrogación conforme a la Ley 2/1994. Y eso es lo que hay que analizar a continuación.

a estas figuras (préstamo y apertura de crédito), tipificadas por el legislador y los usos bancarios, las técnicas financieras han alumbrado, al amparo del principio de autonomía de la voluntad, otras modalidades de contrato de préstamo que, partiendo de cada una de aquéllas, confluyen en la práctica en situaciones similares... Y junto a ellas, está la modalidad de apertura de crédito en que se condiciona la disponibilidad no sólo para ciertos fines y en porcentajes determinados sobre el total crédito concedido, sino que se fija un plazo, transcurrido el cual desaparece aquélla, concretándose el importe debido en las sumas de que se haya dispuesto hasta entonces que se ha de devolver a partir de ese momento, siguiendo el régimen de amortización periódico y con devengo de intereses en términos coincidentes con los préstamos sujetos a amortización por cuotas. La proximidad de ambas figuras es evidente en cuanto participan de la misma causa negocial y sus efectos, una vez que se ha recibido el préstamo o ha dispuesto del crédito son perfectamente asimilables. Si en un momento inicial, en tanto la entrega no ha tenido lugar o está abierta la disponibilidad, existe una relación jurídica compleja, una vez culminada aquélla o se cierra la facultad de disponerse transformada en una relación idéntica a la del préstamo ordinario, con un acreedor exento ya de obligaciones que a partir de entonces recaen sobre el deudor. Y si la relación jurídica entre las partes sufre esa transformación, necesariamente ha de repercutir en la hipoteca que garantiza el crédito, que de ser una hipoteca de seguridad en garantía de una obligación futura o condicional y hasta un máximo de responsabilidad, pasará a ser una hipoteca ordinaria o de tráfico en garantía de una obligación ya existente y de cuantía determinada... Llegado ese momento... ha de llevar a la conclusión de que cabe su aplicación (de la Ley 2/1994) a esas situaciones que han devenido perfectamente equiparables a un préstamo hipotecario».

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA

El problema nuevo con el que nos encontramos es determinar si la escritura que se presenta al Registrador contiene un contrato de préstamo hipotecario o, por el contrario, se trata de un contrato de cuenta corriente de crédito con obligaciones bilaterales, garantizado con una hipoteca especial que sería de máximo.

El contrato de préstamo se caracteriza por ser un contrato real que se perfecciona por la entrega de una cantidad de dinero, y unilateral, ya que sólo existe la obligación por parte del prestamista de devolver la misma cantidad que le fue entregada (obligación perfectamente determinada y conocida desde la constitución de la hipoteca). Por el contrario, la figura que parece establecerse en este caso no encaja dentro de los límites del préstamo puro, sino que tal y como han dispuesto las partes, se trata, más bien, de una apertura de cuenta corriente de crédito, y así la califican e inscriben con obligaciones múltiples bilaterales para ambas partes, ya que tal y como se dice en la escritura que se presenta a su calificación por el Registrador, se garantiza con hipoteca el saldo resultante de una cuenta de crédito determinada, según las cantidades que se hubiesen dispuesto y con un límite de 21.648.750 ptas. (obligación, por tanto, de cuantía indeterminada *ab initio*).

La diferencia entre el préstamo y la cuenta de crédito es grande, al menos doctrinalmente, y así lo ha reflejado, entre otras, la STS de 27 de junio de 1989, al decir que el contrato de cuenta corriente es aquél por el cual «el Banco se obliga, dentro del límite pactado y mediante una comisión que percibe el cliente, a poner a disposición de éste, y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero o a realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo al cliente», y que se trata de un contrato consensual y bilateral, y continúa diciendo que, por lo tanto, «no puede ser confundido con el contrato de préstamo regulado en los artículos 1.753 a 1.757 del Código Civil y 311 y siguientes del Código de Comercio, de naturaleza real, que se perfecciona por la entrega de la cosa prestada, y unilateral por cuanto de él sólo surgen obligaciones para uno de los contratantes, el prestatario».

Parece, entonces, que las diferencias entre ambos contratos son evidentes, y que desde luego no pueden confundirse ni intercambiarse.

En este caso, el notario autorizante de la escritura entiende que en ella se contiene un préstamo porque dice que lo que se pretende inscribir es una simple hipoteca de máximo en garantía de un saldo resultante futuro que constituye una sola y única obligación (resultado de unión de las distintas e iniciales obligaciones en una sola), y que por tanto sólo se debe entregar una cantidad al prestamista (deuda = obligación de devolver), estaríamos ante un préstamo hipotecario futuro, dentro de un concepto amplio de préstamo hipotecario, tal y como hemos dicho antes. Sin embargo, y a mi modo de ver, no existe una sola obligación, sino una pluralidad, pues la simple reunión contable de todas ellas, no las transforma en una única relación jurídica, como pretende el recurrente (11), pues para ello sería necesario que se produjera una verdadera novación, y en este caso no se ha producido. Si esto no ha ocurrido, existen varias obligaciones, para lo cual sería necesario una pluralidad de

(11) En este sentido se manifiestan las siguientes Resoluciones de la DGRN: 23 de diciembre de 1987; 8 de junio de 1998; 7 de junio de 1999; 16 de junio de 1999; 13 de julio de 1999; 27 de julio de 1999, entre otras muchas.

hipotecas que las garantizasen, y desde luego no podría ser un préstamo que se caracteriza por ser un contrato real y unilateral (1 obligación = devolver lo mismo que se entregó). Pues, a diferencia del supuesto de la Resolución de 18 de junio de 2001 citada (12), donde se fijaba y concretaba por las partes que, a partir de un momento determinado (venta de la finca hipotecada), sólo va a existir la obligación por parte del deudor de devolver la cantidad pendiente (pues se fijó la suma debida y la asunción de deuda por los compradores, interviniendo y aceptando ambas cuestiones el acreedor, y con su correspondiente reflejo registral), en este caso no hay una verdadera refundición de las distintas obligaciones (que siguen siendo múltiples y bilaterales), pues la disponibilidad del crédito en la cuenta permanece igual que al inicio; es más, incluso, se permite que el acreditante fije a su libre albedrío qué obligaciones van a garantizarse con esa hipoteca. No se produce ni registra la asunción de deuda que concretaría la cantidad debida, ni ha transcurrido el plazo previsto en el momento de la pretendida subrogación. Luego, no existe una sola obligación de devolver cantidad determinada, a semejanza de lo que ocurre en el préstamo, sino que sigue existiendo una verdadera cuenta corriente de crédito.

Y si en este contrato de cuenta corriente no se produce la modificación requerida, no puede asimilarse, siquiera al préstamo. Como la subrogación que recoge la Ley 2/1994, sólo puede llevarse a cabo en los préstamos hipotecarios (aunque sea en sentido amplio), he de concluir, coincidiendo con la DGRN, que no es posible que en este caso se produzca dicha subrogación del acreedor hipotecario, teniendo en cuenta el carácter excepcional de dichos preceptos, y no tratándose de una situación asimilable al préstamo, por cuanto no se ha producido una verdadera unión de las distintas obligaciones garantizadas en el inicio, en una sola de cuantía indeterminada que se garantice con hipoteca, ha de rechazarse la pretendida subrogación al amparo de la Ley 2/1994.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

SUBDIVISION DE ELEMENTO INDEPENDIENTE EN PROPIEDAD HORIZONTAL.—NECESIDAD DE ACUERDO UNANIME DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS CUANDO NO HAY RESERVA ESTATUTARIA QUE FACULTE PARA ELLO. DICHO CONSENTIMIENTO DEBEN PRESTARLO TODOS LOS

(12) En el Fundamento 5, la DGRN tras analizar la escritura presentada, concluye que, «en consecuencia, a partir de la fecha de esa subrogación, que tuvo el oportuno reflejo registral en la inscripción de la compraventa, quedó fijado el importe de la suma debida por razón del crédito en la citada cantidad, desapareciendo la posibilidad de cualquier nueva disposición, y con la obligación de reintegrar aquélla en doscientos dieciseis meses mediante el pago de cantidades sucesivamente crecientes, tal y como ocurre en cualquier préstamo ordinario sujeto a amortización a través de cuotas periódicas y con pago también periódico, de los intereses devengados. Se produjo, por tanto, y lo refleja el Registro, una conversión de lo que era en su momento un crédito en cuenta corriente, con obligaciones y derechos recíprocos entre las partes, en una situación de endeudamiento unilateral por una de las partes a favor de la otra en razón de unas cantidades entregadas en su día en concepto de préstamo, sujeta a un determinado y largo período de amortización, con devengo, entre tanto, de los intereses pactados».