

Comentarios a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios

SUMARIO: INTRODUCCION. En la Exposición de Motivos.—I. EXEGESIS DEL TEXTO: A) LA SUBROGACIÓN DEL ACREEDOR: a) *Ambito de aplicación*. b) *El artículo 1.211*. c) *El artículo 1.211 en la Ley de 30 de marzo de 1994*. d) *La subrogación con colaboración*. e) *Subrogación sin colaboración*. En cuanto al Depósito: g) *Comisión por amortización anticipada*. h) *Escritura de subrogación*. j) *La conexión registral*. Los efectos de la subrogación: k) *La ejecución de la hipoteca*. l) *Beneficios fiscales y derechos arancelarios*. B) LA NOVACIÓN MODIFICATIVA. C) LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA. OTRAS CUESTIONES.—CONCLUSION.

INTRODUCCION

Una nueva norma viene a surcar el ya abultado panorama legislativo del momento. Los préstamos hipotecarios y todo el mundo que los rodea, han sido el nuevo objetivo del legislador; los vaivenes de la economía han dado como consecuencia una gran fluctuación en los intereses de todos los préstamos, y muy en concreto, de los hipotecarios.

Para intentar paliar en parte este problema, el legislador ha querido ofrecer una vía legal que aglutinara los anhelos de los sufridos consumidores. Esta ha sido, la de la Ley de 30 de marzo de 1994, relativa a la subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. Lo que no sabemos ciertamente es si el propósito del legislador, o mejor dicho sus intenciones, van a ser satisfechas con este nuevo texto legal.

En nuestro breve trabajo, extraído con la rapidez de lo inmediato, vamos a intentar analizar, siempre desde un punto de vista **jurídico**, todos sus matices y posibilidades, así como sus incógnitas, y aunque sea adelan-

tarnos —ya que es el lector el que al final debe sacar sus propias conclusiones—, la redacción del texto, desde el punto de vista de la técnica jurídica, no parece muy depurada en algunos puntos, y está en muchos momentos plagada de incertidumbres y de problemas, que la práctica quizá irá resolviendo, o al menos aquellos profesionales que más directamente tenemos que aplicarla a diario; teniendo en todo caso el convencimiento *a priori*, de que algunas de las figuras aquí reguladas tendrán menos éxito que otras como, por ejemplo, la subrogación sin colaboración de las entidades. Sin embargo, no sería justo, si no se tuviese en cuenta la buena orientación y criterio del legislador, al comprender la importancia, seguridad y fehaciencia del documento público notarial y su posterior acceso al Registro de la Propiedad.

La ley consta de nueve artículos, cuatro disposiciones adicionales, alguna de gran repercusión e importancia práctica, y una disposición final única.

En la *Exposición de Motivos* y un poco en relación con lo que apuntábamos líneas arriba, se intenta justificar la Ley, teniendo en cuenta a los prestatarios en la actual situación económica, vista la evolución del mercado financiero y, en concreto, el hipotecario, cuando dice:

«El descenso generalizado de los tipos de interés... 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 (...)».

El sustento, o mejor dicho, el precedente jurídico tenido en cuenta para posibilitar la figura **estrella** de la Ley, es decir, la *Subrogación*, ha sido el artículo 1.211 y concordantes del Código Civil. Tendremos ocasión de analizar este precepto, desde todos sus puntos de vista, y cómo ha quedado transformado en parté por la nueva Ley.

El artículo 1 hace referencia al ámbito de aplicación de la misma; el 2, a la subrogación, artículo por otra parte que plantea muchos problemas en su aplicación práctica; el 3, a la famosa comisión por amortización anticipada, que luego tendrá su conexión con la disposición adicional primera; los artículos 4 y 5 se refieren a la escritura de subrogación y al acceso registral, respectivamente; el 6, a la ejecución hipotecaria; el 7, 8 y 9, a los beneficios fiscales, en conexión con los honorarios notariales y registrales, y a la novación modificativa, y por último, las disposiciones adicionales, referentes a las modificaciones a introducir en la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, al Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y la importante disposición adicional primera, relativa a la

comisión de amortización anticipada, aunque no exista subrogación en cuanto al límite del uno por ciento.

El iter parlamentario del texto, desde que entró en las Cortes hasta que ha salido, ha dado una serie de modificaciones sustanciales al proyecto de Ley remitido por el Gobierno.

Así, en cuanto al ámbito de aplicación desde el punto de vista objetivo, el que podríamos denominar derecho de tanteo introducido en el artículo 2 relativo a la subrogación; el matiz importante del artículo 4, que no lo es, sólo desde un punto de vista gramatical, en lo concerniente a lo que se puede variar en la escritura de subrogación, pasando de decir, «salvo el cambio del tipo de interés», a «sólo se podrá pactar la mejora de las condiciones del tipo de interés».

I. EXEGESIS DEL TEXTO

Como antes apuntábamos, existen dos figuras o instituciones jurídicas, que se utilizan o que son los mecanismos que utiliza el legislador para la realización de los fines de la Ley, que son: *la subrogación* y *la novación modificativa*. Trataremos por separado ambas, aunque claro está, con una atención especial a la primera, por hacerlo así el legislador, y porque varía el esquema general hasta ahora existente.

A) LA SUBROGACIÓN DEL ACREEDOR

a) *Ámbito de aplicación*. Desde el punto de vista subjetivo, esta Ley sólo se aplica a los préstamos hipotecarios concedidos por las Entidades Financieras, a las que en su artículo 2 se refiere la Ley 2/1981, de 25 de marzo, que establece:

«... a) El Banco Hipotecario de España y, cuando así lo permitan sus respectivos Estatutos, las Entidades oficiales de crédito. b) Los Bancos privados, comerciales o industriales y de negocios, incluido el Banco Exterior de España. c) Las Cajas de Ahorros. d) La Caja Postal de Ahorros. e) Las Entidades de financiación reguladas por el Real Decreto 896/1977, de 28 de marzo. f) Las Entidades cooperativas de crédito. g) Las Sociedades de crédito hipotecario a que se refiere el artículo 3 siguiente (...).».

Y, por otra parte, sólo podrán subrogarse esas mismas entidades, quedando pues fuera los préstamos, entre otros, concedidos por particulares, así

como por otras personas jurídicas que no estén incluidas en el artículo 2 de la citada Ley. Desde el punto de vista OBJETIVO DEBE TRATARSE DE PRESTAMOS HIPOTECARIOS, TANTO DE INTERES FIJO COMO DE INTERES VARIABLE, aunque como luego veremos, éstos tienen un tratamiento más favorable que la Exposición de Motivos trata de justificar en su redacción, cuando dice:

«... La razón de esta reducción (está haciendo referencia al límite máximo por comisión por amortización anticipada), estriba en que en esta modalidad de préstamos, a diferencia de lo que ocurre en los préstamos a tipo fijo, el acreedor asume **habitualmente** un escaso riesgo financiero, lo que asemeja en este caso dicha comisión de cancelación a una pena por desistimiento (...).».

La Ley, en cambio, y creemos que de forma muy positiva, ha eliminado la limitación objetiva y material que sí llevaba el proyecto del Gobierno, ya que éste se dirigía sólo a los préstamos concedidos para la promoción o adquisición de viviendas y locales de negocio o para la rehabilitación de viviendas. Este límite material ha desaparecido.

Desde el punto de vista temporal, esta subrogación 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, circunstancia muy importante, sobre todo en lo referente a esta última.

Por último (y ya tendremos ocasión de volver a él, al tratar el art. 4), en la escritura de subrogación sólo se podrá pactar la mejora de las condiciones del tipo de interés.

b) *El artículo 1.211.* Un poco olvidado, por no decir que bastante, se encontraba este artículo de nuestro venerable Código Civil, arrinconado en el viejo baúl de los recuerdos (1).

La propia Exposición de Motivos de la Ley, al indicar el mecanismo jurídico en el que basarse, hace referencia a este artículo:

«... Esta situación, históricamente reiterada, puede encontrar solución adecuada por la vía de la subrogación convencional prevista por el artículo 1.211 del Código Civil, que la configura como un acto potestativo, voluntario del deudor (...).».

(1) Artículo 1.211: «El deudor podrá hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada».

No obstante, el propio legislador considera que es necesario ampliar y complementar el mismo, con la nueva normativa, debido a su gravedad, y a que el fenómeno de la subrogación está operando en el campo de las Entidades Financieras.

Desde un punto de vista histórico, procede del antiguo Derecho francés, asumido por el Código de Napoleón (2).

Es PLANIOL quien, en definitiva, suministra con gran claridad la explicación histórica del mismo, basada, cómo no, en los avatares de la economía de la época, que al disminuir el tipo de interés o la llamada tasa de rentas hizo que muchos deudores quisieran cambiar de préstamo para reembolsar a los primeros acreedores, pero negándose los acreedores a admitir la subrogación, por tener que colocar de nuevo su dinero a un interés más bajo.

De ahí que un edicto de 1609, y después una decisión del Parlamento de París de 1690, hicieran posible que los deudores pudieran realizar la subrogación, aún en contra de los acreedores (3).

No podemos entrar ahora en lo que se ha discutido, desde el punto de vista doctrinal, sobre la distinción entre la subrogación y si ésta es una auténtica novación, en sentido clásico, o si se puede y debe distinguir entre la cesión del crédito y la subrogación en la persona del acreedor (4).

De lo que no cabe la menor duda es que el artículo 1.211 supone una excepción, en la regulación de la subrogación, pues permite la misma sin el consentimiento del acreedor, y ello siendo así provoca que la mayoría de la doctrina, al estudiar este artículo, lo ve con bastante recelos, acotándolo mucho y dándole, por supuesto, una interpretación restrictiva (5).

También se ha discutido cuál es la verdadera naturaleza jurídica de esta subrogación: ¿Es legal o convencional?

Ya sabemos que en principio, la subrogación convencional requiere ordinariamente dos requisitos, que son: el consentimiento del nuevo acreedor, y el del antiguo, que de alguna manera renuncia a su crédito.

DÍAZ PAIRÓ indica que es preferible considerar este supuesto como un caso más de subrogación legal, en que la hipótesis de hecho a que la Ley

(2) FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XVI, vol. 1.º Editorial Revista de Derecho Privado, págs. 672 y 673.

(3) LUIS DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos de Derecho Patrimonial*. Volumen primero, segunda edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1983, pág. 817.

(4) DÍEZ-PICAZO distingue la figura de la subrogación en los derechos del acreedor y sus diferencias con la cesión de créditos, e incluso considera dudoso que el artículo 1.203 contemple desde un punto de vista general la figura de la subrogación. Ob. cit., pág. 813. Por su parte, PÉREZ-GONZÁLEZ y ALGUER consideran que no debe existir, ni existe tal diferencia.

(5) En este sentido, SANCHO REBULLIDA dice: «interpretación restrictiva mediante rigurosa exigencia de la concurrencia de sus requisitos». Ob. cit., pág. 673.

atribuye eficacia subrogatoria es el préstamo o mutuo hecho en las condiciones exigidas por el precepto (6).

Otros autores, como DÍEZ-PICAZO, se inclinan por el carácter de subrogación convencional, basándose sobre todo en la propia dicción del artículo cuando dice que el deudor podrá hacer la subrogación (7).

Otros, como SANCHO REBULLIDA hablan de una subrogación negocial, aunque no necesariamente convencional (8).

Sin ánimo de continuar la polémica, quizá lo que ocurre es que la subrogación es convencional en lo que respecta al deudor y al segundo acreedor, pero es subrogación legal en lo que respecta al primer acreedor (9).

En definitiva, y partiendo del artículo 1.203.3 del Código Civil en relación con el 1.211, y siguiendo a CASTÁN, se puede definir, en sentido estricto, el pago con subrogación a aquella forma de pago, que en vez de extinguir la deuda, como el pago ordinario, no hace más que cambiar la persona del acreedor convirtiendo a quien paga una deuda ajena en acreedor del verdadero deudor (10).

Así pues, la subrogación operada por la sola voluntad del deudor, del artículo 1.211, aparece tipificada por los siguientes elementos:

- a) una relación obligatoria preexistente entre el deudor y el acreedor primero;
- b) que el deudor de ella tome prestado (del acreedor segundo) en escritura pública, el dinero para pagar la deuda (al acreedor primero);
- c) que el deudor, al pagar la deuda, haga constar en la carta de pago la procedencia de la cantidad con la que el pago se hace (11).

c) *El artículo 1.211, en la Ley 30 de marzo de 1994.* Creo que ha sido útil el hacer este análisis somero del artículo 1.211, puesto que en él se basa todo el dispositivo de la Ley en lo relativo a la subrogación.

(6) Reseñado por JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo III, volumen 1.º, 11.ª edición, Editorial Reus, Madrid, pág. 357.

(7) Ob. cit., págs. 816 y 817.

(8) Ob. cit., pág. 672.

(9) En este sentido, CARLOS VÁZQUEZ IRUZUBIETA: *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, tercera edición, Madrid, 1989, pág. 1913.

(10) Ob. cit., págs. 356 y 357.

(11) ROBERTO BLANQUER UBEROS: «Notas breves (y quizá precipitadas e incompletas) sobre la llamada subrogación de créditos», en *Revista Jurídica del Notariado*, julio-septiembre de 1993, pág. 180. En esta misma dirección analiza BLANQUER lo que significa carta de pago, que para DÍEZ-PICAZO es un documento. Para BLANQUER, después de un interesante razonamiento, llega a la conclusión de que puede interpretarse la palabra carta como escritura de carta de pago, como combinación de los artículos 1.218 y 1.219 del Código Civil.

En efecto, el artículo 2 de la misma establece la posibilidad de la subrogación. En este caso, el deudor podrá subrogar a otra Entidad financiera, sin el consentimiento de la Entidad acreedora, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero de aquélla en escritura pública, haciendo constar su propósito en ella conforme a lo dispuesto en el artículo 1.211. Como podemos apreciar, la dicción del precepto es bastante similar a la del Código Civil, aunque en aquélla no se indica la frase «y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada».

En este punto quiero hacer hincapié que en sustitución de esa carta de pago, la Ley regula un primer mecanismo, en el caso de que exista colaboración por parte de la Entidad primitiva. En este caso, cuando se realice la escritura de subrogación, la Entidad que se subroga deberá manifestar en la escritura que se ha pagado ya a la otra entidad y, al efecto, se deberá incorporar a la escritura un resguardo de la operación bancaria realizada con tal finalidad solutoria. Vemos pues, el mecanismo que establece la Ley, solventando lo de la carta de pago.

El problema, como luego veremos, es mayor cuando no existe esa colaboración por parte de la Entidad acreedora. Aquí, sí que la variación con respecto al 1.211 del Código Civil es considerable, pues la Ley permite la subrogación, aunque no se haya satisfecho el pago; cuando la entidad acreedora no hubiese comunicado la cantidad que se le adeuda o se negase por cualquier causa a admitir su pago, es posible efectuar la subrogación por el mecanismo que luego veremos, y más aún será inscribible en todo caso en el Registro de la Propiedad, conforme establece el artículo 5 de la Ley, aunque no se haya comunicado, al primitivo acreedor, la subrogación, mediante la remisión de la copia de la escritura.

Ciertamente, existe variación con respecto al orden general del Código.

Por último, y esto sí es importante, la subrogación se dará, aunque no conste en los contratos de préstamo la posibilidad de amortización anticipada; como vemos, la Ley quiere que la subrogación tenga efectos, no ya sólo por la voluntad del deudor y sin consentimiento del acreedor, sino incluso, a pesar que los contratantes del primer préstamo no hubiesen pactado esa posibilidad de amortización anticipada; se produce *ope legis*, un efecto superior a la primitiva voluntad de las partes, entendemos que por razones de interés social y quizá para soslayar posibles cláusulas de carácter abusivo (12).

(12) JAIME-M. DE CASTRO FERNÁNDEZ, en un trabajo publicado en la *Gazeta de los Notarios*, trató el tema del artículo 1.211 y analizando el Código Civil en conexión de diversos artículos, el 1.127, 1.177 y otros, llegó a conclusiones diferentes. «Sobre el artículo 1.211 del Código Civil», *Gazeta de los Notarios*, núm. 54, febrero de 1994, pág. 6. A pesar de esos razonamientos, la Ley es clara y tajante en ese punto, y de ahí el aspecto novedoso al que antes hemos hecho mención.

d) *La subrogación con colaboración.* Este tipo de subrogación creemos será la que pueda tener más viabilidad, aunque en la práctica apostemos más por la novación modificativa. Y la denominamos con colaboración, ya que la otra que luego trataremos es un auténtico marasmo, que más que falta de colaboración parece una batalla campal, pero no adelantemos acontecimientos.

Se regulan la llamada oferta vinculante y el derecho a enervar la subrogación, lo que podríamos llamar una especie de derecho de tanteo, que como ya dijimos, fue introducido al paso de la Ley por el Senado. Este es el punto de inicio de todo el proceso de la subrogación.

Esta oferta vinculante no estaba en el texto remitido por el Gobierno, y creo sinceramente, que enmaraña aún más toda la cuestión. La entidad, que está dispuesta a subrogarse, debe presentar al deudor una oferta vinculante en donde deben estar reflejadas todas las circunstancias del nuevo préstamo hipotecario. Si el deudor las acepta, es que da su autorización para que dicha Entidad se la notifique a la entidad acreedora, requiriendo a ésta para que en el plazo máximo de siete días naturales le entregue la certificación con el importe del débito que tiene el deudor, como consecuencia del préstamo hipotecario que tiene contraído con la entidad acreedora.

Parece interesante el carácter de oferta vinculante, término poco conocido en nuestra legislación de Derecho privado, y que tantas opiniones y discusiones doctrinales ha traído acerca de si la oferta, por ejemplo, en materia contractual, vincula al oferente, hasta qué grado, y por un plazo determinado o no. Aquí vemos que el legislador le ha dado ese carácter vinculante. Podemos plantear el problema de la existencia de un plazo para que transcurrido el mismo, la propia entidad oferente pueda quedar desvinculada de la oferta; está claro que quedará desvinculada dicha entidad cuando el deudor realice la novación modificativa con el acreedor primitivo, pero, ¿y si no la realiza?

El texto legal habla de notificación y requerimiento; no utiliza la palabra fehaciente, pero ello no es óbice para que la entidad lo haga a través de acta notarial, creemos que con los requisitos y características de las contenidas en el artículo 202 y siguientes del Reglamento Notarial, es decir, existiendo un plazo de dos días para contestar en el mismo acta, sin perjuicio de que exista ese plazo de los siete días naturales para que pueda remitírsele a la Entidad requirente. En cuanto a los días se ha optado por el sistema del Código Civil, entendiéndose que también se cuentan los días inhábiles.

Indicamos lo de la conveniencia del requerimiento notarial para los efectos de probar que, efectivamente, se ha realizado la notificación y el correspondiente requerimiento; quizá también pudiera pensarse en el envío de una carta certificada con acuse de recibo.

Pienso que el acta **podría** hacerse mediante la remisión por correo con acuse de recibo, sin perjuicio de que la Entidad notificada se encuentre fuera de los límites de actuación notarial, en cuyo caso, y como es norma clásica, debería hacerse por exhorto notarial, como ya indicó en su momento la Junta de Decanos; ello, siempre que se utilizara la vía notarial, como ya dijimos antes.

Una vez que se haya entregado la correspondiente certificación, en terminología de la propia Ley, la entidad acreedora tendrá derecho a enervar la subrogación, se entiende que la proyectada, ya que no se ha podido realizar aún la otra.

Se entenderá que se ha enervado la subrogación, si en el plazo de quince días naturales como máximo, contados desde la entrega de la certificación, la entidad acreedora realiza con el deudor la novación modificativa del préstamo hipotecario. Si no tiene lugar esa posibilidad, bastará para la subrogación, que la entidad subrogada declare en la misma escritura haber pagado la cantidad adeudada, incorporándose a la escritura un resguardo de la operación bancaria realizada con tal finalidad solutoria.

Como vemos existen en este proceso un conjunto de operaciones combinadas, muchas de ellas, la mayoría que ocurren fuera de la Notaría y de lo que es la propia escritura de subrogación.

Está claro, creemos, que en la escritura de subrogación habrá de consignarse la manifestación, tanto del deudor como de la entidad subrogada, de que ha transcurrido ese plazo de los quince días, y que la entidad acreedora no ha enervado esa subrogación; manifestaciones, ya que proceden de acontecimientos y hechos extranotariales.

También sería aconsejable, aunque la Ley no diga nada al respecto, el incorporar el certificado que expide la primera entidad por el importe de la cantidad adeudada por capital pendiente e intereses y comisión devengados y no satisfechos.

Asimismo podría plantearse qué tipo de resguardo es al que hace referencia la Ley; puede ser el de la transferencia hecha por la entidad subrogada al acreedor, aunque ello no siempre significa que haya aceptado el pago, sino solamente que se ha hecho la transferencia, por ello, creemos que será el resguardo emitido por la propia entidad acreedora del préstamo originario.

No olvidemos que, incluso puede haber error en la transferencia por la cantidad enviada, de ahí que pensemos que con la incorporación de la certificación de la cantidad adeudada, al comprobar la identidad de las dos cantidades haya menos posibilidad de error, pero en todo caso, la responsabilidad de haberse efectuado el pago correctamente es de cuenta de la entidad subrogada, ya que es una declaración de la misma aunque se incorpore el comentado resguardo.

e) *Subrogación sin colaboración*. Lo dicho anteriormente con respecto a la oferta vinculante es válido para este segundo supuesto. Pero puede ocurrir que la entidad acreedora no haya entregado el certificado de la cantidad adeudada o que se niegue a recibir el pago de dicha cantidad; en este caso, la Ley prevé un mecanismo que podríamos denominar humorísticamente, «en busca del acreedor primitivo recalcitrante».

En este supuesto, el mecanismo es el siguiente: la entidad que se va a subrogar puede calcular bajo su responsabilidad, y además asumiendo las consecuencias de su error, y sin que quepa responsabilidad para el deudor, la cantidad que se adeude, expresando todas estas situaciones en la escritura de subrogación de manera clara, mediante su manifestación, y depositando dicha suma en poder del notario que autorice la escritura para ponerlo a disposición de la entidad acreedora. El notario deberá notificar, dice la Ley, de oficio, mediante la remisión de la copia autorizada de la escritura de subrogación, a la entidad acreedora, y ésta a su vez podrá alegar error en la misma forma, dentro de los ocho días siguientes.

En cuanto al Depósito que se articula es novedosa esta configuración como de carácter necesario, ya que la Ley no deja ninguna rendija para que pudiera ocasionarse como de carácter voluntario. Esto rompe el esquema general de la legislación notarial, ya que como es sabido, en esta sede el depósito es de carácter voluntario, o mejor dicho, el aceptar el requerimiento en un acta de depósito; y ello no podría ser de otra forma por el propio esquema jurídico del contrato de depósito establecido en el Código Civil, con las excepciones de origen histórico de los depósitos necesarios.

El acta de depósito está regulada en el Reglamento Notarial en los artículos 216 a 220 (13). Como podemos apreciar, el artículo 216 del RN deja bien claro que el depósito, es decir, su admisión, es voluntaria para el notario; no obstante, la Ley de Subrogación es tajante en ese punto.

Una vez sentado este principio, debemos intentar aclarar otras cuestiones: ¿Puede el notario establecer determinadas condiciones a ese depósito, entre otras, la fundamental del plazo que debe tenerlo en su poder?

Puede ocurrir, y ello no será singular, que la entidad acreedora no quiera saber nada del tema, ni alegue error, ni quiera recibir el depósito. ¿Conveniría sacar de la escritura matriz todas las incidencias que puedan ocurrir en cuanto a la notificación de la copia de la escritura, en cuanto al envío, recepción, y en su caso contestación o alegación del error; así como la entrega de la cantidad depositada al anterior acreedor, o en su caso la

(13) Reglamento Notarial, artículo 216. «Los notarios pueden recibir en depósito los objetos, valores, documentos y cantidades que por particulares y corporaciones se les confíen, bien como prenda de sus contratos, bien para su custodia. *La admisión de depósitos es voluntaria por parte del notario, quien podrá imponer condiciones al depositante*».

devolución del depósito a la entidad subrogada, si aquél no comparece para recibir la suma depositada o se niega a admitir el pago de la misma? Creemos, que aunque en la propia escritura de subrogación deben quedar reflejadas la entrega del cheque y la correspondiente incorporación de la fotocopia del mismo, así como la nota de haberse expedido copia para la notificación a la entidad acreedora, el documento base no debe quedar emborronado por todas las incidencias que antes hemos planteado, y deben extraerse en acta o actas separadas, articulando un sistema de conexión entre la escritura de subrogación y la de dichas actas separadas, dejando constancia, claro está, en la matriz, por medio de notas, del acta o actas que se están realizando.

En cuanto al depósito de la cantidad, éste debe ser realizado en metálico o a lo sumo, en un cheque conformado o bancario, y nominativo a la entidad, y en estos últimos casos salvo buen fin.

En lo referente al plazo en que el notario debe tener el depósito, pueden darse diversas interpretaciones a raíz del texto legal. Se puede pensar que el plazo de ocho días que se determina sería el adecuado para que una vez transcurrido el mismo, el notario lo devolviera a la entidad subrogada.

Otra postura *sería*, en base al último párrafo del artículo 2 que hace referencia, a que a petición de cualquiera de las dos entidades, el juez que fuese competente para entender del procedimiento de ejecución, citará a ambas en el plazo de ocho días, para que comparezcan y presenten todos los documentos, y en su caso resuelva en el plazo de tres días con el correspondiente auto, que será apelable en un solo efecto, sustanciándose el recurso por los trámites de apelación de los incidentes, en consecuencia con ello el notario debería esperar a que se solucionara y resolviera definitivamente ese procedimiento.

Esta segunda solución me parece impensable, puesto que si hay que esperar a que se resuelva en su caso la apelación, «tenemos depósito para rato». Me parece más congruente la primera respuesta. También podría ocurrir que la entidad subrogada no quisiera hacerse cargo del depósito que hizo al notario; creo que en este caso no nos queda más solución que la vía de la consignación judicial.

La remisión de la copia autorizada podrá hacerse por correo certificado con acuse de recibo, aunque claro está, podría utilizarse la vía de la personación, pero ello sería sobrepasar la literalidad de la propia Ley. Estos últimos plazos consignados en la Ley, se utiliza la expresión días, sin más especificaciones y, en cambio, en el supuesto de la oferta vinculante se habla de días naturales; podría pensarse que el legislador en un caso no quiere excluir los días inhábiles, y sí en el otro.

En lo referente a la alegación del error en la misma forma por la entidad acreedora, dentro de los ocho días siguientes, la redacción del texto es poco

clara. ¿Qué significa la expresión «en la misma forma»? Podría pensarse que trae relación con lo que anteriormente se establecía para la remisión de la copia autorizada, y que por ello el acreedor remitiría así su contestación. No creo que sea ese el sentido, sino más bien mediante la personación en la Notaría, alegando el error.

En todo caso, si se cumple lo determinado en la Ley, la subrogación surte sus efectos, y más aún como luego veremos, tendrá incluso acceso al Registro de la Propiedad, aunque no se hubiese notificado aún al acreedor la subrogación, mediante la remisión de la copia autorizada de la escritura. Sin embargo, no vemos muy factible que en la práctica se dé esta subrogación sin colaboración, por los problemas que ocasiona, y sobre todo por la asunción de la responsabilidad por parte de la Entidad que se quiere subrogar.

Por último indicar ahora, que en la misma escritura de subrogación, se autorice también el préstamo que concede al deudor la entidad subrogada, precisamente con esa finalidad, para que se dé la operación de la subrogación, y además creemos debe existir identidad entre la cantidad prestada y la que se adeuda, ya que el préstamo se pide con finalidad solutoria.

g) *Comisión por amortización anticipada.* El artículo 3 hace referencia en conexión con lo que establece la Exposición de Motivos, a esta comisión, o mejor dicho, al límite a la comisión, únicamente aplicable a los préstamos variables, y no a los fijos; la misma Exposición de Motivos justificó ese diferente tratamiento, como ya expusimos.

Para los préstamos hipotecarios a interés variable, en el supuesto de subrogación, la cantidad a percibir por la entidad acreedora en concepto de comisión por amortización anticipada, se encuentra limitada.

En unos casos, como cuando no se haya pactado ninguna comisión por amortización, no habrá derecho a percibir cantidad alguna; esto, por otra parte, parece de pura lógica; si se hubiese pactado una comisión igual o inferior al 1 por 100, la comisión será la acordada; en los demás casos, está claro que son aquellos en que la comisión pactada es superior a ese 1 por 100, existirá el límite máximo de ese 1 por 100. Pero a continuación el legislador riza el rizo, y crea la incertidumbre, una vez que creíamos que la cosa estaba bastante clara:

Si la entidad acreedora demuestra la existencia de un daño económico que no implique la sola pérdida de ganancias, producido de forma directa por la amortización anticipada, podrá reclamar ese daño. A pesar de esa reclamación, la subrogación se hará y surtirá sus efectos, y sólo dará lugar a que se indemnice la cantidad que corresponda por el daño causado.

Además de ser oscuro el párrafo está lleno de interrogantes; parece como si el legislador, por no querer dejar a nadie descontento, quisiera establecer alguna vía de escape aparente, pero que luego en la realidad no

va a tener gran resultado. A mí el párrafo me quiere recordar a lo del daño emergente y el lucro cesante. Pero si se demuestra esa especie de daño: ¿quién será el responsable de resarcirlo, la entidad que se ha subrogado o el deudor? A primera vista creo que será asumido por la parte prestataria, a no ser que se pacte en su caso expresamente, que lo sea la entidad subrogada, aunque realmente no está muy claro, parece que la amortización anticipada es un acto previo en el tiempo jurídico.

h) *Escritura de subrogación.* Como ya indiqué anteriormente, deben ser coetáneos y en la misma escritura, el acto de la subrogación, y el del préstamo que concede la entidad subrogada, por ser esa la filosofía y el encaje de lo que quiere el legislador, y se desprende del primer párrafo del artículo 2 de la Ley.

Existe un importante límite a lo que se puede pactar en la escritura de subrogación, y éste es que sólo podrá ser la mejora de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, no siendo posible alterar otro elemento como, por ejemplo, el plazo de duración.

El texto definitivo cambia el matiz de expresión que tenía el proyecto enviado por el Gobierno. En éste se hablaba del cambio del tipo de interés, en el definitivo se dice la mejora de las condiciones del tipo de interés. ¿Qué supuestos estarían comprendidos en esta mejora?

Algún autor entiende, comentando el artículo 1.211 del Código Civil, en un artículo escrito mucho antes de que apareciese la Ley, que puede comprenderse el caso de cambiar un tipo de interés fijo por otro tipo fijo más bajo, o de modificar la fórmula de indicación rebajando el diferencial fijo, o modificando el tipo de referencia, o el de sustituir la fórmula de indicación por la aplicación de un tipo fijo más bajo que el inicial o que el más alto previsto (14). Las combinaciones creo son o pueden ser variadas.

j) *La conexión registral.* El artículo 6 regula el acceso de la subrogación al Registro de la Propiedad. Como no podía ser menos, establece que para que la subrogación tenga eficacia frente a terceros debe hacerse constar en el Registro de la Propiedad, diríamos nosotros, debe tener acceso al Registro.

El mecanismo es el de la nota marginal, que en nuestra opinión no creemos el más idóneo, habiendo sido mejor técnicamente el asiento de inscripción. No olvidemos que en los casos en que un comprador se subroga en la hipoteca, si con posterioridad la entidad acreedora presta su consentimiento y éste accede al Registro, esa mal llamada subrogación causa inscripción, y así lo hace constar el Registrador en el asiento correspondiente.

No olvidemos la cantidad de notas marginales que existen en la actua-

(14) BLANQUER UBEROS, ob. cit., pág. 187.

lidad, sobre todo las de carácter fiscal, que a veces hacen casi imposible que persista el propio margen al lado de la inscripción de la finca.

Hubiese merecido la subrogación un asiento de inscripción, en este sentido, el artículo 244 del RH determina que: «La cesión del crédito hipotecario se consignará en el Registro por medio de una nueva inscripción a favor del cesionario (...)» (15).

En todo caso, si se cumple lo preceptuado en el artículo 2, se realizará la constancia de la subrogación en el Registro, aunque aún no se haya realizado la notificación al acreedor.

El artículo 6 además indica las circunstancias que deberá contener la nota marginal. Esta hará referencia a la persona jurídica subrogada, a las nuevas condiciones pactadas del tipo de interés, la escritura que se anote, su fecha, y el notario autorizante, la fecha de presentación de la escritura en el Registro y la de la nota marginal y, por último, la firma del Registrador.

Por supuesto, y así lo establece la Ley, que no serán objeto de nueva calificación las cláusulas inscritas del préstamo hipotecario que no se modifiquen. También en el inciso final determina que el Registrador no podrá exigir la presentación del título de crédito.

Los efectos de la subrogación se hayan contenidos en el artículo 1.212 del Código Civil, cuando establece:

«La subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas».

En conexión con este artículo, desde el punto de vista registral, el artículo 149.3.º determina que el cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente (aunque como ya dijimos en la nota 15, no hay un tratamiento específico en la LH sobre el fenómeno de la subrogación). En opinión de BLANQUER (16), no cree aplicable el artículo 144 de la LH, pues no estamos ante una modificación o destrucción de la eficacia de la hipoteca.

No debemos olvidar que en este caso de sustitución de la persona del acreedor, que se opera en virtud del tan citado artículo 1.211, como indica BLANQUER, la construcción legal prevista en el artículo 1.211, impide considerar al pago como hecho extintivo de la relación obligatoria garan-

(15) No olvidemos la conexión con el artículo 149 de la LH que indica los requisitos necesarios para la cesión de créditos. Como indica BLANQUER UBEROS al hacer referencia al tema de la subrogación y el Registro de la Propiedad, la LH no hace referencia específica a los supuestos de subrogación, con cambio del acreedor como consecuencia de un pago, ni de la convencional, ni de la legal, ni de la operada por decisión del deudor.

(16) Ob. cit., pág. 184.

tizada o del derecho del acreedor, pues ni uno ni otro se extinguen; simplemente cambia el sujeto acreedor por voluntad del deudor al que la Ley (él hace referencia al art. 1.211 del CC, aún no existía la Ley que aquí comentamos), le faculta para que así lo pueda hacer. Añadiríamos nosotros que si se produce una modificación, como es la contenida en el artículo 4 de la Ley de subrogación, ya que se podrá pactar la mejora de las condiciones de los tipos de interés.

También indica el mismo autor que no estamos ante una modificación o destrucción de la eficacia de la hipoteca o de la obligación hipotecaria, sino ante un mero cambio del sujeto titular del crédito hipotecario (17).

La importancia de la subrogación, creemos es trascendental, en relación con el rango que ahora va a ocupar la entidad subrogada, ya que será el que tenía la entidad acreedora, y por lo tanto conservando puesto con relación a los intermedios, ya que gracias a la subrogación no es necesario recurrir al mecanismo hasta ahora utilizado en la práctica, de cancelar la antigua hipoteca y de constituir otra nueva; en este segundo caso, la relación con los terceros adquirentes de derechos sobre la finca hipotecada se antepondrían al derecho de la nueva entidad; con la subrogación no se anteponen, sino que quedan en su lugar, y por ende conserva el puesto registral la Entidad subrogada, que es el que tenía la entidad acreedora primera (18).

k) *La ejecución de la hipoteca.* Hace referencia la Ley también en el artículo 6 a la ejecución de la hipoteca y los documentos que en su caso deberá presentar la entidad subrogada para la ejecución, que serán, además de la primera copia inscrita de la escritura de subrogación, el del título del crédito, estando haciendo referencia a la copia autorizada e inscrita de la primera escritura de préstamo hipotecario que en su día se celebró entre el deudor y el acreedor primero; si no pudiese presentar el título inscrito deberá acompañar certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca (19).

1) *Beneficios fiscales y derechos arancelarios.* Los artículos 7 y 8 regulan respectivamente estos dos aspectos, en el tema de la subrogación.

Desde el punto de vista fiscal estará exenta la escritura que documente la operación de subrogación en la modalidad de Actos Jurídicos Documentados sobre documentos notariales.

(17) Ob. cit., pág. 184.

(18) Vid. el trabajo de BLANQUER, ob. cit. pág. 184. También el mismo autor se planteaba que el primer acreedor pudiera dificultar la subrogación mediante la cesión del crédito. Ob. cit., pág. 193.

(19) BLANQUER, en su comentario al artículo 1.211 y a las consecuencias registrales, plantea en el supuesto de la subrogación, el pacto de reducción de intereses, de la siguiente forma: «... Debe apuntarse que esta solución puede comportar riesgos en caso de adquirir protagonismo terceros (sean terceros adquirentes del crédito hipotecario o sean terceros poseedores, no deudores ni asumientes, ni subrogados en la deuda de la

Este hecho resulta positivo, y no cabe la menor duda que supone un gran beneficio para el deudor, y entendemos que se aplica a todas las operaciones que son necesarias para que la subrogación tenga lugar, ya que la Ley habla de la escritura que documente la operación de subrogación, y ésta es la contenida en el artículo 2 en cuanto a su esquema general; por ello entendemos incluido el préstamo que ha tomado el deudor de la nueva entidad para pagar la deuda y que da lugar a que surja el mecanismo de la subrogación.

En cuanto a los honorarios notariales y registrales, la base arancelaria para aplicar será la cifra de capital pendiente de amortizar en el momento de la subrogación, entendiéndose que el documento autorizado contiene un solo concepto que engloba todas las operaciones de la subrogación.

En este punto quedan aún dudas que despejar, ya que pueden existir actividades coetáneas o complementarias del documento base de la subrogación, que por las razones que ya apuntábamos al desarrollar sobre todo la subrogación sin colaboración, como la posibilidad de hacer quizá actas separadas para las actuaciones de devolución del depósito, contestaciones, etc., y que por razones de técnica notarial deberían hacerse por separado, el tratamiento arancelario en estos casos plantea dudas, o el supuesto de la copia autorizada que hay que remitir a la entidad acreedora primera.

Un tema importante a tener en cuenta ha sido el acuerdo al que llegó la Junta de Decanos en su sesión del 9 de abril, en virtud de la cual se reducirá al 75 por 100 la cuota que resulte de aplicar la base arancelaria. Sin duda se trata de beneficiar aún más al consumidor en este proceso abierto.

B) LA NOVACIÓN MODIFICATIVA

En el artículo 9 se refiere la Ley, en un solo artículo, a esta modalidad.

En este supuesto, el deudor y la entidad acreedora llegan a un acuerdo satisfactorio para ambas partes. Bien desde un principio enfocan así la operación y su consiguiente plasmación documental, o bien en un momento posterior, que como ya vimos prevé la propia Ley en el artículo 2, cuando habla del derecho que tiene la entidad acreedora de enervar la subrogación en el plazo máximo de quince días a contar desde que hizo la entrega de la certificación, formalizando con el deudor la novación modificativa.

No es este el momento de analizar las terminologías empleadas, ni las discusiones doctrinales acerca de la novación, sus efectos y naturaleza. Simplemente, en esta ocasión permanecen inalterados los sujetos de la

finca hipotecada), en caso de ejecución por los caminos llamados de la ejecución hipotecaria sumaria judicial o extrajudicial (arts. 129 LH y complementarios).

obligación constituida, quedando ésta existente y válida, pero en cambio se altera parte del objeto o de los elementos reales.

En este caso de novación modificativa, el legislador establece que se podrá alterar la mejora de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente, así como si se quiere la alteración del plazo. Esta última circunstancia la diferencia entre otras cosas de lo establecido para la subrogación, en donde sólo se podrá variar el tipo de interés.

El negocio jurídico se plasmará mediante el otorgamiento de la escritura pública y su posterior acceso al Registro de la Propiedad.

Desde el punto de vista fiscal estarán exentas de la modalidad de Actos Jurídicos Documentados las escrituras públicas.

En cuanto a los aranceles notariales y registrales se tomará como base la que resulte de aplicar al importe de la responsabilidad hipotecaria vigente, el diferencial entre el interés del préstamo que se modifica y el nuevo; a título de ejemplo, si el interés era de 14 por 100 y ahora se baja al 9 por 100, la diferencia entre ambos será de cinco puntos del 5 por 100; en este ejemplo sobre la responsabilidad hipotecaria vigente, se calcula ese 5 por 100, y sobre esa cantidad se aplica el arancel. Aquí también hay que tener en cuenta el acuerdo de la Junta de Decanos sobre la reducción al 75 por 100 de la cuota que nos diera después de los cálculos practicados.

Creo que esta novación modificativa será la vía más rápida y eficaz para conseguir lo que el legislador se ha propuesto, y pienso que será la que más éxito y viabilidad tenga en la práctica con la seguridad y eficacia *erga omnes* que tienen la escritura pública de un lado, y el acceso al Registro de la misma en vez de simples bajadas realizadas fuera de la fehaciencia y legitimidad que otorga el documento notarial; la simple comunicación por carta u otro documento similar no otorga esa constatación y fuerza probatoria, que sí da la escritura pública (arts. 1.216 y sigs. del CC).

El artículo 144 de la LH establece que entre otros, los pactos de modificación de obligaciones hipotecarias deben tener acceso al Registro para su oponibilidad a terceros. Esa reducción en el tipo de interés no puede quedar oculta en una simple carta o en otro documento que no va a tener acceso al Registro. No podemos olvidar que aquí los terceros a los que puede afectar esa variación son múltiples, desde el punto de vista civil e hipotecario. Cualquier tercero que adquiera un derecho, derivado o consignado en el préstamo hipotecario inscrito, lo seguirá conservando y en muchos casos en perjuicio del deudor prestatario, aunque se operará la variación de intereses antes de la adquisición de ese derecho, ya que no constaría en el Registro de la Propiedad. De ahí la importancia de la escritura pública; por ello, para acceder al Registro la novación modificativa, la única vía documental es la escritura (art. 3 LH), sin que pueda utilizarse otro documento intervenido por un profesional distinto al notario.

En definitiva, ha sido el propio legislador el que ha plasmado la vía documental correcta, como no podría haber sido de otra manera. Además con el acicate del beneficio fiscal y un muy favorable tratamiento arancelario. Está claro que el legislador quiere transparencia, «luz y taquígrafos», seguridad jurídica y eficacia frente a todos. Ello sólo se consigue con la intervención notarial a través de la escritura pública y el posterior acceso al Registro de la Propiedad.

C) LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA. OTRAS CUESTIONES

Hago un especial hincapié en reseñar por separado la disposición adicional primera por la trascendencia que tiene. No se encontraba en el texto remitido por el Gobierno, y literalmente dice:

«En los préstamos hipotecarios a interés variable, a que se refiere el artículo 1 de esta Ley, la entidad acreedora no podrá percibir por comisión de amortización anticipada no subrogatoria más del 1 por 100 del capital que se amortiza, aunque estuviese pactada una comisión mayor».

El texto remitido por el Gobierno sólo hacía mención a la comisión por amortización anticipada y su correspondiente limitación cuando se diese la subrogación regulada en su artículo 2; en cambio, ahora se abre una puerta y una gran expectativa. Se sigue ciñiendo a los préstamos a interés variable, pero ya sin necesidad de que se establezca la subrogación.

Del tenor literal de la norma, creemos se aplica a todos los préstamos hipotecarios, tanto los ya constituidos como los que se constituyan en el futuro y estén dentro del ámbito subjetivo y objetivo a que la Ley hace referencia.

Este beneficio no podría quedar limitado a los ya constituidos, sino que como norma favorable de un espíritu claramente provechoso para el consumidor, así debe entenderse. Creo que en las hipotecas que se hagan a partir de la entrada en vigor de esta Ley, deberemos hacer mención a los otorgantes de la misma, y no estaría de más hacer dentro de las reservas y advertencias legales la de la Ley de 30 de marzo de 1994 de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

La disposición adicional segunda hace referencia a la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito, añadiendo apartados al artículo 48.2 de dicha Ley; la tercera, a la necesaria modificación del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en relación a las exenciones establecidas en la Ley de subrogación.

Y la disposición adicional cuarta, por la que se autoriza al Gobierno a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la debida aplicación de esta Ley; quizá, estas disposiciones puedan al menos paliar en algo las dudas aquí expuestas.

Por último, decir que la Ley entró en vigor el día de su publicación en el *BOE* que fue el 4 de abril.

CONCLUSION

Hemos señalado y apuntado una serie de cuestiones con la inmediatez que el tema requería. No ha habido mucho tiempo para la reflexión, no ya sólo por la cercanía de la entrada en vigor de la Ley con este estudio, sino sobre todo, porque esta Ley como todas, deben irse puliendo con la práctica, ir buscando soluciones a los temas planteados, y que cada vez más nos demanda la sociedad. Esperemos que pronto vayan surgiendo otros trabajos que encaucen con más fortuna estas humildes líneas. Por otra parte, no quiero dejar de agradecer la colaboración que he tenido para que este trabajo viera la luz, de mis compañeros Alfonso Rubio Vázquez, notario de Sevilla, y de Julián Peinado Ruano, notario de Granada.

FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁS
Notario de Alora (Málaga)
Profesor Asociado de Derecho Civil
en la Universidad de Málaga