

Breve análisis de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios

PROPOSITO DE LA REFORMA

En los últimos tiempos (último año, para ser más exactos) vienen observándose bajas generalizadas en los tipos de interés, manifestándose, en el Mercado Hipotecario en la llamada «guerra de las hipotecas», basada en unas agresivas prácticas promocionales de las entidades financieras, lo que provoca (por el juego de la ley de la oferta y la demanda) una mejora en las condiciones ofrecidas al prestatario. Con objeto de que esta baja pueda afectar a todos los préstamos hipotecarios (no sólo a los nuevos, sino también a los ya existentes), el Congreso de los Diputados, en moción de 2 de noviembre de 1993, aprobada por unanimidad, insta al Gobierno a habilitar los mecanismos para que los deudores puedan subrogar sus hipotecas a otra entidad. El Gobierno, en cumplimiento del mandato parlamentario, aprobó un Proyecto de Ley que, tramitado por el procedimiento de urgencia (y con numerosos cambios en su tramitación parlamentaria) da lugar a la presente ley (Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios), en adelante LS. La LS, que, como se verá, no es un modelo de claridad, adolece de carencias (derivadas, en gran manera, de la celeridad en su aprobación, de la complejidad técnica en su redacción y de las diversas reformas introducidas en su iter parlamentario), que, presumiblemente, va a provocar su poca aplicación práctica (salvo el caso de novación modificativa).

Dos normas cabe señalar en primer lugar:

- a) ENTRADA EN VIGOR (D. Final): el mismo día de su publicación en el *BOE* (es decir, el 4 de abril de 1994). No hay *vacatio legis*,

lo que aconseja realizar lo antes posible un estudio (si siquiera por encima) de sus disposiciones.

- b) **DISPOSICION ADICIONAL CUARTA:** Se autoriza al Gobierno a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la debida aplicación de esta ley. (D. Ad. 4).

Esta norma tiene un especial interés, dadas las carencias y deficiencias que se observan en la misma, que exigirán, presumiblemente, que se dicten normas de ejecución de la presente ley, y cuya importancia para determinar su aplicación práctica será decisiva.

PROPOSITO DEL LEGISLADOR.—De la moción parlamentaria de 2 de noviembre de 1993 y de la Exposición de Motivos de la Ley deducimos que el propósito del legislador es facilitar (mediante la dinamización de los mecanismos legales) y, sobre todo, abaratar lo que llama «cambio de hipoteca», es decir, la renegociación de las condiciones de las hipotecas (bien con la misma entidad prestamista, bien con otra entidad distinta), y que de esta forma se traslade a los prestatarios la bajada generalizada de los tipos de interés que viene observándose en los últimos tiempos.

Nuestro análisis va a consistir en un somero estudio pormenorizado de los términos de la LS, y de los problemas que pueden preverse en su aplicación práctica. Razones de urgencia y de extensión determinan que las cuestiones sean tratadas de forma casi telegráfica, sin perjuicio de desarrollos ulteriores más profundos. La pretensión de este trabajo es modesta: es más importante, a mi juicio, plantear ahora (con la Ley recién promulgada) las cuestiones que suscita (que como se verá, son muchas), más que resolverlos (apuntándose, a lo más, las líneas de tal solución). El estudio va a tener tres partes claramente diferenciadas:

- A) El supuesto de novación modificativa.
- B) El supuesto de subrogación.
- C) Otras cuestiones contempladas en la ley.

A) NOVACIÓN MODIFICATIVA

Este es el supuesto más sencillo contemplado por la ley: el cliente (prestatario) pacta con la entidad prestamista modificación «a la baja» de las condiciones del préstamo.

Situación anterior a la Ley

El principio de fuerza obligatoria de los contratos exige que cualquier modificación de las condiciones del contrato requieran el consentimiento de ambas partes contratantes (1.254, 1.255 y 1.256 CC). El 1.203.1 del Código Civil contempla el supuesto de novación modificativa, mediante el cambio en sus condiciones principales.

En el ámbito hipotecario, debe tenerse en cuenta que en realidad lo que se inscribe del préstamo hipotecario es la hipoteca (y el préstamo en cuanto que la hipoteca es accesoria a éste). Por todo ello:

A) Si tal modificación no implica un agravamiento (luego veremos este concepto) de la responsabilidad hipotecaria (por incremento, en uno cualquiera, en varios o en todos los conceptos que la integran: principal, intereses ordinarios, de demora, costas y gastos, gastos accesorios u otros conceptos), tal novación (siempre que sea una verdadera novación, y no se pretende disimular lo que en realidad pueda ser un nuevo crédito: *vid.* lo que se dirá sobre REVITALIZACION DE PRESTAMOS) no perjudicará a los posibles acreedores posteriores que pudiera haber, y en consecuencia, no planteará problemas de preferencias.

Por todo ello:

- a) El acto modificativo de una hipoteca (derecho real sobre bienes inmuebles) exige documento público (1.280.1 CC, que habla de «modificación de derechos reales sobre bienes inmuebles»).
- b) Habida cuenta que el préstamo hipotecario exige, de forma constitutiva, escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad (1.875 CC), toda modificación del mismo debería, en principio, revestir iguales formalidades.
- c) La hipoteca es un derecho de carácter accesorio al crédito garantizado. ¿Supone ello que modificado el crédito, debe de modificarse necesariamente la hipoteca que garantiza su restitución?
 - Si la hipoteca es de máximo, parece que no, siempre que la novación consista en una bajada en los tipos de interés.
 - El tema es más complejo tratándose de hipoteca ordinaria (tipo de interés fijo), pues **en** este caso, si no se modificara la hipoteca estará garantizando un interés superior al pactado (es decir, un crédito inexistente). En este caso, creo que tampoco sería indispensable la modificación de la hipoteca, sin perjuicio de poderse instar la cancelación parcial, al amparo de lo dispuesto en el artículo 80 LH.

Igual conclusión podría derivarse del hecho de que la novación modificativa deja subsistentes las garantías prestadas (y, entre ellas, la hipoteca) a excepción de la prórroga del plazo, con relación a la fianza, salvo consentimiento del fiador (1.851 CC).

Ello no es óbice para que las partes, si así lo estiman oportuno (y parece conveniente aconsejarlo) puedan presentar tal modificación para su inscripción en el Registro de la Propiedad.

d) De lo anteriormente dicho, deducimos:

— Las normas sobre CAPACIDAD: si se modifica el préstamo (y no la hipoteca que lo garantiza), bastará la capacidad general para contratar: si modificamos, aun a la baja, la hipoteca, será necesaria la capacidad para hipotecar.

— Normas sobre FORMA:

- i) La forma del préstamo, al constar ya en escritura pública, deberá revestir igual formalidad (*ad probationem*), sin perjuicio de la validez interpartes de lo convenido en documento privado y del derecho de las partes a compelerse a rellenar tales formas (1.279 CC).
- ii) La forma de la modificación de la hipoteca en constitutiva (escritura inscrita), sin perjuicio de la validez interpartes de la modificación no inscrita (así STS 31 de octubre de 1986).

B) Si tal modificación implicara el incremento de la responsabilidad hipotecaria, deberá ser inscrita en el Registro de la Propiedad (al ser una verdadera ampliación de hipoteca), que tendrá carácter constitutivo.

Si existieran acreedores posteriores, deberán prestar su consentimiento (que puede realizarse anticipadamente, a modo y con los requisitos fijados para la posposición de rango, art. 241 RH). En otro caso, no podrá practicarse la inscripción, debiendo documentarse como una segunda (o ulterior) hipoteca, con los efectos consiguientes en materia de rango.

Los costes inherentes a tal novación serían:

- a) COSTES BANCARIOS. Los Bancos suelen estimar que estamos ante un verdadero nuevo préstamo, y pretenden cobrar las comisiones pactadas, tanto para el caso de amortización anticipada como de apertura de nuevo crédito (a veces también gastos de estudio).
- b) COSTES NOTARIALES. Al no haber aumento de responsabilidad, estimo (por analogía al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales) que:

- Si tributa por el concepto Transmisiones Patrimoniales Onerosas (es decir, no es un préstamo empresarial), no se trata de DOCUMENTO DE CUANTIA (y regido por el número 1 del Arancel, aprobado Real Decreto 1426/1989 de 17 de noviembre).
- Si tributa por el concepto de Actos Jurídicos Documentados, cabe defender que es un DOCUMENTO CON CUANTIA (núm. 2 del Arancel), al amparo de la Norma 4.^a del Anexo II del Arancel, dada su tributación.

Como esta conclusión me parece ilógica (distinto tratamiento arancelario a un mismo acto o contrato, según quien lo otorgue), estimo que debe de interpretarse el Arancel de la forma más beneficiosa para el cliente, y, en consecuencia, estimar que estamos, en todo caso, ante un DOCUMENTO SIN CUANTIA.

Si se produjera un agravamiento, se trataría de un documento de cuantía, tomándose como base el incremento de la responsabilidad.

c) **COSTES FISCALES.** Hemos de distinguir:

- Préstamo sujeto a **ITP** (es decir, el no realizado por sociedades o empresarios que tengan por objeto la actividad financiera). Acto exento (o más técnicamente, acto sujeto con base 0), al no haber aumento en la responsabilidad hipotecaria.
- Préstamo sujeto y exento de IVA y sujeto a **AJD**. Dados los términos del artículo 31.2 **LITPAJD** de 24 de septiembre de 1993, y dado que estamos ante primera copia de escritura notarial, con interés o cosa valuable, inscribible en el Registro de la Propiedad y no sujeto al Impuesto por el concepto TPO u OS, supone que deba tributar al 0,50 por 100 tomando como base el total de la responsabilidad hipotecaria.

d) **COSTES REGISTRALES.** Se tomará como base el total importe de la responsabilidad hipotecaria (núm. 2 del Arancel, y Norma General 1.^a, aprobado por RD 1427/1989 de 17 de noviembre).

Nueva Ley

En esta materia (a la que tan sólo se dedica el art. 9), cabe señalar:

- a) **AMBITO DE ACTUACION.** El precepto habla de PRESTAMOS HIPOTECARIOS, remitiéndonos a lo que se dirá para el caso de subrogación.

- b) ASPECTOS SUSTANTIVOS: no se produce novedad alguna en el aspecto sustantivo (ya sea en su **formalización** o en su **registración**).
- c) CONTENIDO DEL ACUERDO NOVATORIO. En cuanto al contenido de la novación modificativa, la LS exige:
 - i) Que la novación modificativa consista en LA MEJORA DE LAS CONDICIONES DEL TIPO DE INTERES. Nos remitimos, en cuanto al concepto de mejora, a lo que se dirá para la subrogación.
 - ii) Conjuntamente podrá pactarse la alteración del plazo (alteración implica aumento o disminución del inicialmente pactado).
 - iii) Como el precepto se refiere únicamente a temas de coste, estimo que cabe incluirse, asimismo, todas las modificaciones que, no implicando agravamiento, no hagan surgir actos liquidables (variaciones del valor de tasación, del domicilio para requerimientos y notificaciones, lugar y fecha de pago...).
 - iv) Más discutible sería introducir nuevas (u otras) circunstancias que determinen el vencimiento anticipado del préstamo o que afecten a la ejecución (por ejemplo pactar el procedimiento extrajudicial cuando no estaba antes pactado). ¿Sería ello agravar la hipoteca?:
 - Quienes entienden que agravar la hipoteca es sólo aumentar la responsabilidad hipotecaria, consideran que en este caso no hay agravamiento.
 - Quienes **entienden** (o entendemos) que agravar la hipoteca no es sólo un criterio cuantitativo sino también cualitativo (facilitar su ejecución o aumentar los supuestos que dan lugar a la misma), en tales casos se perjudica al acreedor posterior. En consecuencia, no serían admisibles.
- d) TEMA DE COSTES. Las únicas novedades se refieren al tema de COSTES (siempre que la novación modificativa se haga dentro de los términos de la LS), dado que el motivo de la misma es abaratar los mismos.
- a) COSTES BANCARIOS.
 - Si la novación conlleva amortización parcial anticipada, podrá, en su caso, cobrarse comisión por tal concepto (con la limitación, **tratándose** de préstamo a interés variable, de la D. Ad. 1.^a, que más adelante se examina).

— En otro caso:

- i) Si se pactó, en la escritura de préstamo, comisión por novación modificativa (téngase en cuenta que la Orden de 12 de diciembre del Ministerio de Economía y Hacienda establece un régimen de libertad en la fijación de comisiones, sin más requisito que su comunicación al Banco de España), podrá cobrarse tal comisión, que no resulta afectada ni limitada por la presente ley.
- ii) Si nada se ha pactado, el tema es más complejo. Como la LS parte del principio de libertad contractual, y dado que la Entidad prestamista no está obligada a realizar tal novación, será ésta la que determine de hecho las condiciones para llevarse a cabo, por lo que (dada la forma de actuar de las entidades financieras), parece inevitable que éstas cobren comisiones para tal supuesto, comisiones que serán libres (ya que la LS no ha establecido límite alguno), siempre que por la entidad hayan sido previamente comunicadas al Banco de España y respondan a servicios efectivamente prestados por la entidad (Circular 15/88 del Banco de España de 5 de diciembre de 1988).

Si la LS hubiera querido efectivamente limitar los costes de tal novación modificativa, hubiera sido conveniente haber limitado las citadas comisiones.

- b) **COSTES NOTARIALES.** No obstante la dicción del apartado 2 del citado artículo, que parece considerarlo como documento de cuantía (aunque limitado en su importe), sigo pensando que se trata de un documento **SIN CUANTIA**, pues no parece coherente con el propósito de la Ley el incrementar el coste respecto de la situación anterior. No faltará, de todos modos, quien considere que este párrafo segundo legitime a considerarlo de cuantía. En este caso el cálculo de la base se hará de la forma que se dice para los honorarios registrales.
- c) **COSTES FISCALES.** No plantea dudas la exención en el caso de préstamo sujeto a **ITP**.
Los préstamos sujetos a **AJD** estarán exentos si:
 - 1.º El acreedor sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1.º de la Ley (que luego veremos).
 - 2.º Que la modificación se refiera a la mejora del tipo de interés, pactado o vigente. Ver, en este punto, lo que luego se dirá en

cuanto a qué es mejora. Además podrá pactarse la alteración del plazo (bien a más o a menos, al no distinguir la norma).

Aunque, en principio, la redacción del precepto parezca excluir cualquier otro cambio (a los solos efectos de obtener la exención), estimo que son admisibles otras modificaciones introducidas en el préstamo, siempre que no contengan actos liquidables (vg: cambio de fechas de pago o periodicidad en el mismo, cláusulas de seguro, distinta regulación del procedimiento extrajudicial, modificación del domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones, modificación del valor de tasación de la finca...).

- d) **COSTES REGISTRALES.** La base de cálculo de los honorarios se reduce, pasando de la total responsabilidad hipotecaria, a la enigmática «la que resulte de aplicar al importe de la responsabilidad hipotecaria vigente el diferencial entre el interés del préstamo que se modifica y el interés nuevo» (art. 9 *in fine* LS).

Estimo que interpreta así:

$$B = (IOV - ION) \times N + (IDV - IDN) \times n.$$

Siendo:

ION, IOV = Intereses ordinarios (o remuneratorios) nuevo y viejo.

IDN, IDV = interés de demora nuevo y viejo.

N = años garantizados para intereses ordinarios.

n = años garantizados para intereses de demora.

B) SUBROGACIÓN

Debe entenderse, en la terminología de la ley, como subrogación el cambio de la persona del prestamista, que se subroga en la posición jurídica del prestamista inicial.

Este es, sin duda, el caso más complejo, porque, como se verá, la ley introduce sustanciales variaciones, no sólo en el campo de los costes (bancarios, notariales, registrales y fiscales), sino incluso en el terreno sustantivo (por mucho que la ley pretenda minimizarlos).

Naturaleza jurídica de la subrogación

El Código Civil establece la transmisibilidad de las obligaciones patrimoniales, si no se hubiera pactado lo contrario (1.112 CC), si bien la regulación jurídica de esta transmisión lo regula en diferentes lugares, a diferencia de otros ordenamientos (francés, alemán...):

- Como subrogación de un tercero en los derechos del acreedor, como consecuencia del pago (1.158, 1.159 CC).
- Como novación subjetiva por cambio de acreedor (1.203.3, 1.209 a 1.213 CC).
- Como contrato de transmisión de créditos (1.523 a 1.536 CC).

¿Supone ello que todos los supuestos tienen una naturaleza unitaria? Parece evidente que no, debiéndose distinguir, al menos, dos supuestos radicalmente distintos:

- a) **SUBROGACION CONVENCIONAL** o mediante pacto (1.209 *in fine* CC). Dicho pacto subrogatorio ha de existir (no se presume), pudiendo ser expreso o tácito (STS. 10 de febrero de 1990). Es una verdadera cesión de contrato, y así lo estiman las SSTs. 11 de abril de 1944, 29 de mayo de 1984 y 7 de noviembre de 1988.
- b) **SUBROGACION LEGAL**. El pago, producido en determinadas condiciones y circunstancias, produce, además del efecto extintivo de la obligación principal, el nacimiento de una nueva obligación (independientemente de la voluntad de los interesados). 1.210.2 del Código Civil: pago hecho por un tercero no interesado en la obligación, con aprobación expresa o tácita del deudor. Es una consecuencia natural del pago, y debe ponerse en relación con el artículo 1.158.2 del Código Civil, aunque la coincidencia de ambos preceptos no sea exacta:
 - 1.210.2 exige «aprobación expresa o tácita».
 - 1.158.2 del Código Civil exige «no haberlo hecho» contra su expresa voluntad.

Como se deduce de ambos preceptos, la frontera de uno u otro no es nítida, a menos que pueda estimarse que el pago no hecho contra la expresa voluntad del deudor (*ex* 1.158.2) implique aprobación tácita (*ex* 1.210.2). Así la STS. de 23 de junio de 1969. El tema, en nuestro caso, no plantea problema, al exigirse que el pago de la hipoteca se haga con un préstamo dinerario concedido a tal fin por la entidad a subrogarse (art. 2.1 LS).

Además de los tipos, el Código Civil contiene un precepto excepcional en el artículo, el 1.211 del Código Civil, citado reiteradamente por la LS como mecanismo a través del cual se elabora la normativa aprobada:

- Se ha discutido por la doctrina si es un supuesto de subrogación legal (DÍAZ PAIRO) o convencional (DÍEZ PICAZO, SANCHO REBULLIDA y R. 7 de diciembre de 1950), siendo esta última consideración más concorde con los términos literales del precepto («podrá» indica que es un acto potestativo del deudor) y los antecedentes históricos el precepto.

- Dicho precepto, que supone una excepción a la exigencia general del consentimiento del acreedor (1.205 CC), tiene su origen en el Derecho francés (Edicto de Enrique IV de 1576, que pasó al *Code Napoléon*, art. 1.250.2 CCF).
- Su carácter excepcional exige que sea aplicado en sus justos términos, es decir:
 - i) Se ha de tratar de crédito vencido (habla de deuda, debiéndose entenderse por tal deuda vencida, dado que el plazo se entiende establecido en favor de ambas partes, artículo 1.127 del Código Civil).
 - ii) Para pagar el deudor ha de tomar prestado el dinero (préstamo en sentido propio, no siendo admisible otros contratos de financiación: apertura de crédito en cuenta corriente, crédito...). Así la STS de 27 de junio de 1989, que señala que el artículo 1.211 CC, dada su excepcionalidad, es de interpretación restrictiva, no siendo de aplicación en caso distinto del préstamo en sentido propio, como el caso del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente. Es indiferente las garantías que haya tenido que prestar para obtener el mismo.
 - iii) El préstamo ha de constar en escritura pública (no siendo admisible en documento privado o en otro tipo de documento público, vg.: póliza).
 - iv) En la carta de pago de la obligación primitiva, debe de hacerse constar la procedencia del dinero.

El beneficiado por el precepto no es el deudor, sino el prestamista (que antepone su situación a los acreedores anteriores al préstamo y posteriores a la obligación primitiva), y de difícil justificación dentro de nuestro sistema de prelación. La única Resolución de la DGRN que ha abordado el estudio del citado 1.211 del Código Civil es la R. 7 de diciembre de 1950, señalando la necesidad de cumplir estrictamente los requisitos que exige tal norma, como forma de prevenir posibles abusos y fraudes de acreedores posteriores (en dicha Resolución no se cumplió el requisito del pago simultáneo al otorgamiento de la escritura, pues se produjo cinco meses antes al otorgamiento de la escritura de subrogación).

Situación anterior

Refiriéndonos a nuestro supuesto concreto (préstamo hipotecario), teniendo en cuenta no sólo la normativa civil, sino también la hipotecaria, cabe concluir:

- Que el instituto de la subrogación legal (o por efecto del pago) no es ajeno a la legislación hipotecaria (así art. 118 LH y 231 y 236.e) RH). Como puede verse, para extender la nota de subrogación no es preciso el consentimiento del acreedor, lo cual no implica merma en las garantías del sistema, dado que el hecho del pago (elemento clave) se hace dentro de un procedimiento con las debidas garantías (el judicial sumario o extrajudicial).
Efecto de la subrogación: extinción mediante pago del crédito principal, y nacimiento de una nueva obligación entre el subrogado y el deudor, con todos los derechos anexos a la obligación primitiva, ya contra el deudor, ya contra terceros, sean fiadores o poseedores de hipotecas (1.212 CC).
- La consideración de la subrogación negocial, aun forzosa, como una verdadera cesión de contrato supone la aplicación de los artículos 149 LH y 242 a 244 RH. En todo caso, se exige que se otorgue la correspondiente escritura pública, en la que han de comparecer subrogante y subrogado (149 LH y más genéricamente, el art. 20 LH), no siendo necesario el consentimiento del deudor, pero sí su conocimiento (salvo que se haya eximido de tal requisito).

Por efecto de la cesión, el cesionario se coloca en la posición jurídica del cedente (149 *in fine* LH) con todos los derechos anexos. No se extingue la vieja obligación y nace otra (como en el caso anterior), sino que directamente se transmite la obligación.

En cuanto a COSTES, cabe señalar:

a) COSTES BANCARIOS.

- a) Subrogación negocial: Al no tener que intervenir el deudor, lógicamente no se generan gastos para éste. En la práctica, como presumiblemente se hará a instancias del deudor (interesado en el cambio), este supuesto se reconduce al siguiente.
- b) Subrogación legal: implica la concesión de un préstamo dinerario para cancelar otro. En términos económicos es un préstamo más una cancelación anticipada. En consecuencia:
 - La Entidad cedente, la comisión por cancelación anticipada (ya que para ella finaliza el préstamo).
 - La entidad cesionaria, la comisión de apertura y, en su caso, la comisión de estudio (ya que en realidad le concede un crédito para amortizar el anterior).

Precisamente, con objeto de asegurar el cobro de tales comisiones, las entidades obligan a cancelar el préstamo y constituir uno nuevo, con los

gastos que ello lleva consigo (una cancelación más un nuevo préstamo). La consecuencia es que el segundo préstamo es nuevo y no ocupa el rango del primero (caso de existir acreedores posteriores). Este inconveniente trata de obviarse asegurándose la nueva entidad de que no hay acreedores posteriores (solicitando, a tal efecto, la oportuna información registral). De esta práctica se derivan los gastos que la nueva Ley va a tratar de evitar o minimizar, sin darse cuenta de que ello ya era posible con el sistema anteriormente en vigor.

b) **COSTES NOTARIALES.** Al ser un contrato oneroso, la base de cálculo de los aranceles será:

- En la subrogación convencional, el importe de la contraprestación pagada por el cesionario al cedente.
- En la subrogación legal, el importe del pago subrogatorio realizado.

En ambos casos, razonablemente, será el importe pendiente de pago del préstamo y otros gastos (comisiones, gastos inherentes para la subrogación...).

c) **COSTES FISCALES.**

- Al ser generalmente entidades dedicadas profesionalmente a la concesión de préstamos, tributarán al 0,50 por 100 por AJD, tomándose como base el importe de la contraprestación (negocial) o del pago realizado (legal).
- En otro caso: artículo 16 LTP: se considerará como transmisión de derechos, y tributará por el tipo establecido en el párrafo *c)* del apartado 1 del artículo 11 (es decir, el 1 por 100) y tomándose como base el importe de la cuantía satisfecha para la transmisión (10.1 LTP).

¿Podría entenderse comprendido este supuesto en la exención del artículo 45.I.B.15? Es cierto que el citado precepto habla de la transmisión posterior, pero referido a los títulos en que se documenten, y en este caso, la transmisión del crédito no se hace mediante la transmisión del título representativo de la misma (la escritura no es un título valor, o un derecho incorporado a un título).

d) **COSTES REGISTRALES.** La base de cálculo del arancel será (al igual que en los aranceles notariales) el importe de la contraprestación o pago subrogatorio.

Como ya se ha dicho, los gastos se disparan si se formaliza como una cancelación y una nueva concesión de préstamo.

LA SUBROGACION EN LA NUEVA LEY

La nueva Ley parte de dos supuestos:

- a) De carácter **SUSTANTIVO**. La subrogación que contempla trata de apoyarla en el artículo 1.211 del Código Civil (en parte debido a los términos de la moción parlamentaria de 2 de noviembre de 1993, que habla de «habilitar los mecanismos para que los deudores, en aplicación de los artículos 1.211 y concordantes del Código Civil, puedan subrogar sus hipotecas a otro acreedor»), que como hemos visto trata de un supuesto excepcional y, sobre todo, distinto (deuda vencida).
Ello no implica que la regulación sea totalmente nueva. Podía, a mi juicio, haberse partido del artículo 1.210.2 del Código Civil, y de él haber regulado no una simple presunción sino de una subrogación *ex lege*, cuyo *modus operandi* se tomaría del 1.211 del Código Civil por analogía. No obstante, la consideración como subrogación exige ulteriores consideraciones (*vid.* NATURALEZA JURIDICA).
- b) De carácter **ECONOMICO**. La supuesta excelencia de la ley no lo es tanto, pues a nivel notarial y registral, una adecuada formalización de la subrogación (en los términos antes analizados) supondría idénticos costes que los que trata de introducir la ley. No así en los costes fiscales y bancarios, si bien las restricciones que introduce la LS limitará en mucho su aplicabilidad práctica.

Ello no implica que no existan NOVEDADES de gran interés:

- a) En el aspecto **SUSTANTIVO**:
 - i) Parte de la consideración de que el plazo está establecido en beneficio del deudor (verdadera excepción del art. 1.127 CC).
 - ii) Al regular un supuesto de subrogación, yendo más allá de la simple presunción del artículo 1.210.3 del Código Civil.
 - iii) Posibilidad de que la propia entidad que pretenda subrogarse, si la entidad prestamista no expidiera en tiempo certificación del importe pendiente por principal, intereses y comisiones devengadas y no satisfechas, calcule bajo su responsabilidad, y asumiendo las consecuencias de su error, el importe pendiente de pago por dichos conceptos, y que, una vez fijado dicho importe, el pago de dicha cantidad produzca plenos efectos **subrogatorios**. Hasta ahora era necesario la intervención del acreedor primitivo, o en su defecto, caso de discre-

pancia en el importe, su determinación judicial, y si se negare a recibirlo, su consignación judicial en los términos del artículo 180 RH.

- iv) El hecho del pago puede acreditarse, en el supuesto normal, por resguardo de operación bancaria que generalmente expide la propia entidad subrogada (no el acreedor), y de forma excepcional mediante depósito notarial (que es distinto de la consignación del artículo 1.176 y ss. CC).

El modelo seguido para tal novedad, tal y como indica la Exposición de Motivos, es el del artículo 153.5 de la LH, si bien el supuesto de hecho es radicalmente distinto: en éste, dicho procedimiento ha sido pactado por las partes, y en nuestro caso es *ope legis*. La analogía debe entenderse en cuanto al *modus operandi*, nunca en cuanto a la identidad de razón.

Su carácter excepcional implica que debe de ser interpretada en forma RESTRICTIVA y sólo a los supuestos expresamente contemplados en la misma, no admitiéndose su extensión a otros supuestos, que deberán regirse por las normas actualmente en vigor.

- b) En el aspecto PROCESAL, en cuanto que para ejecutar no es necesario presentar primera copia de la escritura de préstamo (unida a la de subrogación), tal y como exige el artículo 1.429 LEC, bastando Certificación Registral (6 LS).
- c) En el aspecto ECONOMICO en cuanto que:
 - i) Limita las comisiones a percibir por las entidades prestatarias, en caso de interés variable, modificándose así el régimen de libertad de comisiones que contempla la Orden de 12 de diciembre de 1989.
 - ii) Por cuanto que contempla la exención del Impuesto de AJD.

NATURALEZA JURIDICA DE LA SUBROGACION REGULADA EN LA LEY

El tema más interesante, en el aspecto teórico, que presenta la LS es determinar la naturaleza jurídica de la subrogación contemplada en la misma. Refiriéndonos a los dos tipos de subrogación contemplados en nuestro ordenamiento, podemos considerar dos teorías:

- a) Estamos ante una SUBROGACION LEGAL, OPE LEGIS. Esta es, *a priori*, la institución contemplada en la LS, apoyándose en el artículo 1.210.3 del Código Civil, considerando que no es una simple presunción, sino una subrogación *ope legis*.

Esta teoría presenta, a mi juicio, objeciones insalvables:

i) La subrogación legal parte de un hecho determinante: el pago de la obligación. En nuestro caso:

- Cabe que la obligación convenida no esté íntegramente pagada: basta que el ente que se subroga pague el principal, intereses (ordinarios o de demora) y comisiones devengadas y no satisfechas (art. 2.3 LS). Puede haber obligaciones dineradas derivadas del contrato de préstamo (gastos suplidos, seguros...), que quedan fuera del importe subrogatorio.
- El efecto propio de la subrogación es la extinción del crédito primitivo (1.212 CC). Por lo dicho, estas cantidades que quedan fuera de la subrogación no quedan extinguidas, sin perjuicio de quedar fuera de la garantía hipotecaria. Serán exigibles por el procedimiento ejecutivo (al estar asumidas en escritura pública). Es decir, cabe que subsista la obligación primitiva, que no se extingue íntegramente por efecto de la subrogación.

Lo mismo cabría predicar respecto de la indemnización a exigirse por la entidad prestamista, en el caso de que la subrogación provoque un daño económico que no implique la sola pérdida de las ganancias, producido de forma directa como consecuencia de la amortización anticipada, cuyo procedimiento de reclamación viene regulado en el artículo 3.3 de la LS.

- Pero lo que es más grave, no es preciso siquiera que tal importe (que, como se ha dicho, puede no ser total) esté pagado. De los sistemas de acreditar el pago:

El sistema normal (resguardo de operación bancada) sólo justifica que la entidad subrogada ha realizado tal operación bancada, no que la ha recibido la entidad prestamista. El sistema excepcional (depósito notarial) tampoco garantiza el pago y, en consecuencia, la extinción de la obligación. El Código Civil contempla como forma de extinción de las obligaciones (1.156 CC) la consignación, no el depósito.

ii) El 1.210.2 exige que el pago se haga con el consentimiento expreso o tácito del deudor y, en nuestro caso, puede hacerse incluso con la oposición expresa de éste.

- b) Consideración como **CESION FORZOSA DEL CREDITO**. Ante las objeciones que plantea la teoría de la subrogación *ope le gis*, estimamos más conforme la tesis de que estamos ante una **CESION FORZOSA DEL CREDITO** (a modo de expropiación del mismo). A favor de esta tesis, cabe decir:
- No se plantean problemas de técnica jurídica en relación al pago, que ya no es el hecho determinante de la subrogación.
 - Que el importe de la cesión es la cantidad establecida por la ley (que puede ser distinta del importe de la obligación).
 - Que la no completa liberación del deudor respecto del prestamista primitivo no es un problema insalvable, siendo compatible con el concepto de cesión.
 - Que el supuesto del 1.211 del Código Civil, modelo seguido por la LS, es una verdadera novación convencional (y así lo demuestran los antecedentes históricos).

ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA NUEVA LEY

REQUISITOS PARA SU APLICACIÓN

a) *Subjetivos*

A) **PRESTAMISTA**. Tanto el subrogante como el subrogado han de ser entidades a que se refiere el artículo 2 de la Ley del Mercado Hipotecario de 25 de marzo de 1981.

Deben quedar fuera de su ámbito los préstamos concedidos por entidades extranjeras (al no estar incluidos en la LMH ni sometidos a la inspección del Banco de España). Ello aunque la garantía hipotecaria recaiga sobre un bien situado en España.

El **FUNDAMENTO** es claro: el admitirse la subrogación sin consentimiento del acreedor primitivo, y el permitirse hacer incluso la liquidación de la deuda por cuenta y a riesgo de la subrogada, aconseja que sólo sea accesible a entidades financieras sometidas a la inspección de los poderes públicos, a las que hay que presumir la seriedad, o en términos de la Exposición de Motivos, «la necesaria lealtad comercial recíproca». Admitirse a todo prestamista hubiera sido excesivamente arriesgado y perturbador.

Este requisito debe entenderse en sus justos términos: es un simple requisito subjetivo. No se exige, además, que el préstamo a subrogar esté sometido a la Ley del Mercado Hipotecario (lo que hubiera sido extraordinariamente restrictivo).

Puede plantear dudas de interpretación el hecho de que el artículo 1 hable de «otras entidades análogas». Entiendo al respecto:

- Que no puede entenderse como vía de introducción de la aplicabilidad de la LS a otras entidades distintas de las contempladas en el artículo 2 LMH (dado su carácter excepcional).
- Que debe de entenderse en el sentido de que ambas (prestamista y subrogada) deban de estar incluidas en el citado artículo 2, es decir, la interpretación ya expuesta.
- Tampoco puede entenderse en el sentido de que una y otra sean análogas (es decir, Banco a Banco, Caja a Caja...). Cualquier entidad del artículo 2 LMH puede subrogar a otra entidad contenida en el citado artículo 2 LMH (sean Bancos, Cajas, Cooperativas de Crédito, Sociedades de Crédito Hipotecario...).

B) PRESTATARIO. Aplicable a todo prestatario, sea persona física o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, sin limitación ni excepción alguna.

Dicho prestatario (por prestatario debe de entenderse DEUDOR) es el auténtico protagonista de la LS, ya que va a ser quien va a impulsar todo el proceso subrogatorio.

Como supuestos especiales a analizar (de gran aplicación práctica) cabe señalar:

- a) PLURALIDAD DE DEUDORES. Aquí cabe señalar que el proceso subrogatorio puede ser impulsado por uno cualquiera de los deudores (sean solidarios o mancomunados), si bien los beneficios que en su caso pudieran derivarse, beneficiarán a todos. En todo caso, ver lo que se dirá en OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA.
- b) TRANSMISION DE LA FINCA HIPOTECADA. Aquí cabe distinguir:
 - Cuando se transmita, además, la obligación personal, no ofrece dudas saber quién es el deudor.
 - Si se transmite la finca hipotecada, reteniendo el comprador el importe para hacer frente a la hipoteca (art. 118 LH), asumiendo la obligación derivada de la misma, y sin que el acreedor haya prestado su consentimiento para tal subrogación (expresa o tácitamente, vg: cambiando la titularidad de los recibos), creo que podrán iniciar el proceso tanto el deudor primitivo como el comprador (deudor económico). Recuérdese que esta asunción de deuda (aunque no libere al deudor primitivo) consta en el Registro (donde constará la forma en que hubiera hecho o

convenido el pago, art. 10 LH), y tiene efectos sustantivos importantes (vg: efecto subrogatorio si paga el vendedor, art. 118.2 LH).

- Si se transmite la finca hipotecada, y no existe tal pacto de asunción de deuda: en este caso, por deudor debe entenderse el deudor personal, no el tercer poseedor de los bienes hipotecados.

b) *Objetivos*

a) **REQUISITOS DEL PRESTAMO.**

1.º Ha de tratarse de un préstamo, no siendo aplicable a otros supuestos de hipoteca (reconocimiento de deuda previo con garantía hipotecaria, hipoteca en garantía del saldo de un contrato de cuenta corriente, en garantía de deuda futura, de obligación no dineraria, de precio aplazado de una compraventa...).

Es indiferente que en las obligaciones del préstamo se documenten en una cuenta corriente (cuenta de préstamo).

Los casos más dudosos son:

A) **APERTURA DE CREDITO.** En este caso no es un verdadero préstamo, sino un crédito, considerado como un contrato atípico, de carácter bilateral, y regulado, por analogía, por las normas del préstamo (así STS 4 de mayo de 1943).

Una primera aproximación a la LS puede hacernos creer su no aplicabilidad, dado:

- i) La ley es de interpretación restrictiva, y en todos los artículos habla de préstamos.
- ii) Las dificultades prácticas que puede suponer la determinación del saldo, al no constar, generalmente, los actos de cargo y abono por el acreditado en documento público.
- iii) Antecedentes históricos, dado que el 1.211 del Código Civil es aplicable al caso de préstamo, no de otros contratos de financiación.
- iv) Por analogía al caso del 1.211 CC (así STS 27 de junio de 1989).

No obstante las razones expuestas (de indudable peso), creemos, no obstante, aplicable la LS a la apertura de crédito, dado:

- i) Incluso en el caso del préstamo, contablemente la articulación contable de la operación se hace a través de cuenta de préstamo.

- ii) Porque idénticas objeciones podrían hacerse en el caso de préstamo, si el prestatario ha realizado algún tipo de amortización parcial anticipada, y no ha otorgado documento público justificativo de tal amortización (que en la práctica es insólito), o cuando la entrega del capital se haga en varios momentos separados en el tiempo.
- iii) En algún precepto, la LS habla de crédito, no de préstamo, aunque tal hecho debemos considerarlo más como una imprecisión técnica (arts. 3, 5 *in fine*, 6.1...).
- iv) Todo lo dicho sin perjuicio de las dificultades prácticas que para la entidad que pretenda subrogarse pueda suponer hacer por su cuenta y a su riesgo la fijación de la cantidad pendiente de pago (y que lo tendrá que evaluar al tiempo de hacerse la operación subrogatoria). A tal fin, la notificación de la voluntad subrogatoria debería implicar la congelación de la posibilidad de hacer actos de disposición por el acreditado, pues, de otro modo, si con posterioridad a la fijación del importe pudieran admitirse tales disposiciones, quedaría la entidad de crédito desamparada frente a tales actos.

B) Préstamos CON DISPOSICION EN VARIOS ACTOS (vg: préstamos a la construcción). Si las entregas se han formalizado en documento público (actas de entrega) parece lógico que se aplique la ley. Para la práctica de la nota marginal, parece lógico exigir que hayan tenido acceso al Registro las actas de entrega. No es óbice el que no se hayan hecho todas las entregas, subrogándose la entidad en la obligación de realizarlas. En este caso puede plantearse el mismo problema del caso anterior: La notificación que se haga de la voluntad subrogatoria debería suponer la imposibilidad de hacerse entregas.

C) Préstamos EN DIVISAS. Admitidos por la Orden de 27 de diciembre de 1991. No parece plantear problemas, al no exigir la ley que lo sean en pesetas. Si se ha pactado que el pago se haga en divisa, aunque el préstamo concedido por la entidad que pretenda subrogarse sea en pesetas, no impide que el pago subrogatorio deba hacerse en divisas (debiéndose la entidad encargarse de su conversión). Todo ello sin perjuicio de que si por efecto de variaciones en el tipo de cambio, el principal pendiente de pago (en pesetas) exceda del tope fijado a efectos hipotecarios, la entidad subrogada deje sin cobertura hipotecaria dicha diferencia.

D) Préstamo TITULIZADO. Este es uno de los grandes interrogantes de la LS.

La movilización de los préstamos hipotecarios es uno de los medios más eficaces para obtener financiación por parte de las entidades prestamistas, quienes acuden al mercado secundario de valores a fin de obtener recursos (generalmente más baratos que el mercado bancario).

La Ley 2/1981 de 25 de marzo del Mercado Hipotecario (en adelante LMH), desarrollada por el RD 685/1982 de 17 de marzo (en adelante RMH) contemplan tres clases de títulos:

- a) Cédulas hipotecarias. Especialmente garantizadas (es decir, además de la garantía del patrimonio universal del emisor) con las hipotecas que, en cualquier tiempo, consten inscritas a favor de la entidad emisora, sin necesidad de inscripción registral (art. 12 LMH).
- b) Bonos hipotecarios. Especialmente garantizados por los créditos hipotecarios especialmente afectados en la escritura de emisión, lo que se hará constar en el Registro por nota al margen (art. 13 LMH).
- c) Participaciones hipotecarias (art. 15 LMH): dan derecho al partícipe a participar en uno o varios créditos hipotecarios de su cartera, tomándose nota al margen en el Registro de la Propiedad.

Como procedimiento para movilizar activos hipotecarios, se dicta la Ley 19/1992, de 7 de julio, de Fondos de Inversión y Titulación Hipotecaria, definidas en el artículo 5 como entidades sin personalidad jurídica, constituidos como **patrimonios** separados y cerrados, integrados:

- Activo: participaciones patrimoniales.
- Pasivo: valores emitidos en cuantía y condiciones financieras tales que el valor patrimonial neto del Fondo sea nulo, y representados necesariamente en anotaciones en cuenta.

El principio que apoya tales emisiones es la existencia de una cartera estable de créditos. ¿Implica que, en tales casos, no cabe aplicar la LS?

- a) A favor de la **NO APLICACION** de la LS, cabe señalar:
 - i) Los posibles perjuicios que pudieran derivarse a los tenedores de los mismos.
 - ii) La supuesta falta de legitimación de la entidad prestataria (ya que el inversor final, en términos económicos, es el tenedor del título).
- b) A favor de la aplicación, sin desconocer los perjuicios que pudieran inferirse a los tenedores de tales títulos (y que se tratarán al final, al hablar del juicio crítico de la LS), cabe señalar:
 - i) Que la titulación no implica el cambio de titularidad activa del crédito, que sigue siendo la entidad emisora, única que puede realizar los actos de cumplimiento, defensa y ejecución del citado crédito hipotecario.

- ii) Que aunque el interesado económico es el tenedor, el acreedor jurídico es la entidad emisora.
- iii) Porque, en todo caso, la entidad emisora responde ilimitadamente con todos sus bienes, lo cual nos indica el carácter anejo de la garantía.
- iv) Porque igual consecuencia se producía ya en caso de amortización anticipada (previsto 61.3 RMH para el caso de participaciones hipotecarias).
- v) Porque el hecho de la titulación es desconocido por el deudor (a quien no se le comunica tal extremo).
- vi) Y, sobre todo, porque el artículo 46.3 RMH lo dice así, al disponer que en ningún caso podrá resultar perjudicado el deudor hipotecario por la emisión de títulos a que se refiere la LMH (es decir, los tres tipos).

E) Préstamo CONCERTADO (especial aplicación a préstamo subvencionado: Viviendas de Protección Oficial, especialmente). Tanto el Estado como las Comunidades Autónomas tienen establecidos convenios con entidades crediticias, de forma que la Administración subvenciona los intereses de los préstamos para financiación de VPO, a fin de que el coste efectivo para el prestatario sea el convenido.

¿Es aplicable a estos préstamos la LS? La respuesta no puede ser igual para todos los casos:

- En caso de novación modificativa, el verdadero beneficiario sería la Administración (ya que se comprometió a pagar la diferencia entre el tipo pactado y el concertado). Sólo si la baja de tipos deja el nuevo tipo por debajo del efectivo pagado, beneficiaría al prestatario.
- Si la Administración se limita a subvencionar, sólo sería, en principio, razonable subrogar a otra entidad cuando el tipo resultante fuera interés al concertado (en cuyo caso, el verdadero beneficiario sería la Administración, que dejaría de pagar la subsidiación). Si a su vez la entidad subrogada tuviera concierto, podría ser de aplicación el suscrito por la nueva entidad (si cumple los requisitos y está dentro de los límites exigidos por este concierto).

Por todo lo expuesto, no parece razonable que en estos préstamos concertados vaya a tener aplicación práctica la LS, con el perjuicio que ello pueda suponer (en términos de coste) a la Administración, que parece deberá promover una política de fomento de las novaciones modificativas.

2.º Ha de tratarse de préstamos CON INTERES (al exigirse que la subrogación mejore las condiciones de interés). Sería admisible, no obstan-

te, su aplicación a un préstamo sin interés, si se pacta interés de demora (si se mejoran las condiciones de éste).

3.º Es indiferente que se trate de préstamos con interés fijo o variable (no a efectos de costes bancarios). A tal efecto, a los efectos de esta LS, y siguiendo el criterio de la Exposición de Motivos (que no se recoge, inexplicablemente, en el articulado):

Por préstamos a **INTERES FIJO** entendemos todo aquel cuyo interés no varíe a lo largo de la vida del préstamo. Englobo dentro de este tipo el préstamo concedido a un empleado, con tipo fijo, pactándose que, caso de dejar la entidad, sufrirá otro también fijo. Aquí se da un doble tipo fijo, con una condición resolutoria del primeramente fijado.

Por tipo de **INTERES VARIABLE** entiendo todo aquel que sufra o pueda sufrir variaciones en la vida del préstamo, bien porque se fijan varios tipos ya determinados o fijos para ciertos períodos, bien porque está indicado a determinado índice, o bien por seguirse soluciones mixtas (un período a tipo fijo y otro indiciado).

4.º Es aplicable a préstamos suscritos antes de la entrada en vigor de la ley como a los suscritos después.

5.º Es indiferente que el préstamo no contemple la posibilidad de amortización anticipada (art. 1.2 Ley).

Cabe distinguir dos supuestos:

- Que nada se hubiera pactado respecto de la posibilidad de amortización anticipada: el 1.2 LS admite la amortización anticipada en este caso. Ello implica una excepción a la regla del artículo 1.127 del Código Civil de que el plazo se considera establecido en favor de ambas partes, considerándose que está establecido en favor del deudor.
- Y si se hubiera pactado expresamente la no posibilidad de amortización anticipada. Estimo que también sería admisible, tratándose de amortización *subrogatoria* (dado que la subrogación, o más técnicamente, cesión forzosa, se produce *ex lege*, y por efecto del pago). No en los demás casos que no impliquen subrogación.

6.º ¿Puede excluirse convencionalmente la subrogación? (importante con relación a los préstamos que se suscriban con posterioridad a la LS).

- Tratándose de subrogación convencional (cesión voluntaria de créditos) es evidente que sí, dado que los términos del artículo 1.112 del Código Civil.
- Tratándose de la subrogación contemplada LS, el tema es más com-

piejo. La cuestión es análoga al planteado por la doctrina para la exclusión del pago subrogatorio. Estimo que en el caso general del 1.210.2 del Código Civil cabe tal exclusión (dado que la subrogación sólo se presume). En nuestro caso (LS), dado que la subrogación (o cesión forzosa) se produce *ex lege*, parece claro que es independiente de la voluntad de las partes, y por tanto no cabe excluirse voluntariamente su aplicación.

b) REQUISITOS DE LA SUBROGACION.

1.º La subrogación ha de realizarse mediante el pago en DINERO (no dice pesetas, por lo que puede hacerse incluso en divisas, si así se hubiera pactado) a la entidad acreedora, obteniéndose dicho importe mediante la concesión a tal fin de un préstamo por parte de la entidad que pretenda subrogarse (préstamo afectado), y tal propósito exclusivo debe constar en la escritura (art. 2.1 LS). No es admisible que el préstamo sea otorgado en documento privado, o en documento público distinto de la escritura (v.gr.: póliza intervenida por Corredor de Comercio). El fundamento es análogo al del artículo 1.211 para el caso de cambio de deudor (precepto que, como se dijo, es excepcional en nuestro ordenamiento).

2.º Ha de tener por OBJETO EXCLUSIVO la mejora en las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente (art. 4 Ley).

El elemento ESENCIAL es que con ello se mejore la situación del prestamista, bien en el interés ordinario (o remuneratorio), bien en el interés de demora (o indemnizatorio o penitencial), o en ambos al mismo tiempo.

CONCEPTO DE MEJORA. Hemos de distinguir:

- a) Tratándose de tipos FIJOS, el tema no plantea dificultades. Deberá acreditarse que el nuevo tipo es inferior.
- b) El tema es más peliagudo tratándose de INTERES VARIABLE. Así:
 - i) No plantea dudas si los tipos para los diferentes períodos están ya fijados.
 - ii) Tampoco plantea dudas si se dice que será inferior en «x» puntos al fijado de conformidad con lo pactado en el préstamo.
 - iii) Si se indicia con arreglo a índice, tampoco plantea dudas si, manteniéndose el mismo índice, se fija un diferencial inferior.
 - iv) Pero es imposible saber si se mejora en el caso de que el nuevo índice sea distinto del primeramente establecido, al ser magnitudes heterogéneas y de imposible comparación. ¿Supone

ello que, en tal caso, no es de aplicación lo dispuesto en la ley? A tal fin, hemos de señalar:

- Una primera teoría defiende que el concepto de «mejora» ha de ser apreciada y juzgada por el prestatario, bastando que en la escritura se diga que la subrogación implica mejora en el tipo de interés. Esta es la opinión que están manifestando los asesores de Bancos (así, la Circular 551 de la Asociación Española de Banca Privada, de 12 de abril de 1994, que señala que basta una mejora en el TAE) y los técnicos del Ministerio de Hacienda (a fin de conceder la exención).
- Pero esta teoría no puede ser admisible sin más, dado lo excepcional del procedimiento regulado en la LS y de los posibles perjuicios que pudieran causarse a los acreedores posteriores. A tal fin, habríamos de distinguir:

Si no existen acreedores posteriores al tiempo de presentarse la escritura de subrogación en el Registro: basta el juicio del prestatario.

Pero si existen, hace falta que en ningún caso se perjudique o puedan perjudicarse los derechos de tales acreedores (siendo en este punto de extrema importancia el juicio del Registrador). En todo caso es preciso que no se aumente ninguna (con que aumente una, aunque bajen las otras, existirá perjuicio) de las distintas partidas que integran la responsabilidad hipotecaria. Así si se garantizaban tres años de interés fijo al 10 por 100 y se pasa a garantizar tres años de intereses variables (primer período 7 por 100), aunque las condiciones sean aparentemente (y posiblemente mejores en la práctica), pero se fija un máximo a efectos hipotecarios del 15 por 100, existe tal perjuicio.

3.º Debe excluirse cualquier modificación distinta de la mejora en el tipo de interés. En consecuencia:

- i) No puede modificarse (siendo el préstamo en pesetas o en divisas) en el otro supuesto, ni siquiera cambio de divisa.
- ii) No se puede modificar el plazo, ni para ampliarlo ni para reducirlo (que sí se permitía en la novación modificativa).
- iii) No se puede modificar la periodicidad en el pago de los intereses y de la amortización, ni tan siquiera el día de pago.
- iv) No se puede modificar el sistema de determinación del saldo (paciéndose ahora, por ejemplo, que pueda hacerse por Certificación expedida por la entidad acreedora).
- v) No puede variarse el valor de tasación a efectos de subasta.

- vi) No se puede exigir un seguro u otra obligación no previsto en el primer contrato.

Por el contrario, estimo que no quedan incluidas (por propio sentido común):

- i) Cambios en el lugar del pago (por su propia naturaleza). El pago deberá hacerse ahora en el domicilio de la acreedora, o en el lugar que ésta designe.
- ii) Cambios derivados del cambio de legislación (vg: procedimiento extrajudicial). Lo que no cabe es pactar tal procedimiento cuando antes no estaba contemplado.
- iii) Cambios en el domicilio fijado para requerimientos y notificaciones (que puede ser variado por el deudor en cualquier momento).

Cabe hacer una CRITICA PRACTICA a esta rigidez, lo que provocará problemas y será un obstáculo para la aplicabilidad de la ley, dado que cada entidad tiene un aparato contable e informático, y será complicado el que deban de ajustarse al sistema pactado por otra entidad. Por ello, parece que se impondrá, tras practicar la subrogación (con arreglo a los requisitos vistos), que se otorgue posteriormente una **NOVACION MODIFICATIVA** (con arreglo a esta misma ley), que permita introducir tales modificaciones, pero que conllevará gastos que bien podían haberse evitado, excluyendo las rigideces apuntadas. Tampoco veo obstáculo alguno para que tales dos actos, perfectamente separables (subrogación, novación modificativa) se contengan en un solo documento, y sin perjuicio del trato diferenciado de una y otra.

c) *Procedimiento para llevarse a cabo la subrogación* (arts. 2, 4 y 5 de la Ley)

1.º **BUSQUEDA.** El deudor prestatario (verdadero protagonista de la LS) se dirige a una o varias entidades, a fin de tratar de obtener mejores condiciones para su préstamo.

Aquí tendrá gran importancia la labor publicitaria de las entidades a fin de tratar de fomentar tales subrogaciones. A este efecto deben de tenerse en cuenta:

- Los límites impuestos por la normativa publicitaria (en particular Ley 34/1988 de 11 de noviembre, General de Publicidad, y en concreto, los que tratan de reprimir la publicidad engañosa (arts. 3.b) y 4).

- Los límites derivados de la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios, y las derivadas (una vez que se haga la correspondiente trasposición) de la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993 sobre Cláusulas Abusivas en los contratos celebrados con consumidores (plazo fijado para tal incorporación: 31 de diciembre de 1994).
- Y por último, los límites a las prácticas colusorias derivados de la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia.

2.º **OFERTA VINCULANTE.** La entidad dispuesta a subrogarse presentará al deudor una oferta vinculante, en la que constarán las condiciones financieras del nuevo préstamo hipotecario (2.1 LS).

El concepto de oferta vinculante nace en el Proyecto de Orden Ministerial sobre Transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, en cuya elaboración está realizando el Ministerio de Economía y Hacienda, que regula su contenido. Dicha fórmula es recogida por LS, que ha sido aprobada antes que la citada Orden, pero cuyo texto es interesante tener en cuenta a efectos interpretativos.

- a) **DURACION.** No dice el precepto, y es grave la omisión, la duración de esta oferta vinculante, ya que ésta no puede ser indefinida (dada la variabilidad del mercado). Se estará a lo que la propia entidad diga, y si nada dijera, la fijación de la duración la harán los Tribunales, al amparo del artículo 1.128 del Código Civil.
- b) El concepto **VINCULANTE** debe de identificarse con el de **IRREVOCABLE**, de forma tal que la entidad no puede revocar la misma durante su plazo de vigencia. Lo que es necesario es que en dicho plazo sea aceptada, aunque sea conocida con posterioridad (dado el carácter mercantil de los préstamos, es de aplicación el art. 54 CCo, y no el 1.262 CC).
- c) El concepto vinculante estimo que es compatible con el de oferta **CONDICIONADA**, aunque en principio parezca que ambos conceptos deban de ser incompatibles. Así es posible que tal oferta quede condicionada:
 - A que el valor de tasación de la finca sea superior a un tanto por ciento del préstamo.
 - Cambios de valoración o destrucción de la finca hipotecada.
 - Que al tiempo de formalizarse la subrogación no haya créditos preferentes.
 - Que la situación económica del deudor no sufra menoscabo con posterioridad (suspensión de pagos, embargos, circunstancias que afectan a la solvencia del deudor...).

— Cualquier otra causa que dé lugar al vencimiento anticipado del crédito.

El no admitir tal condicionamiento obligaría a que, producida la aceptación, si acaeciesen tales circunstancias, habría de concederse el crédito para, de forma inmediata, proceder a resolver el contrato, lo cual es, indudablemente, un contrasentido.

- d) **FORMA.** Tampoco dice nada de la forma, pero debe entenderse que deberá revestir forma escrita (a efectos de su posterior comunicación a la entidad prestataria).
- e) **CAPACIDAD.** Dicha oferta vinculante debe hacerse por persona con facultades bastantes para conceder el préstamo en cuestión, lo cual sería interesante constar en la misma (con expresión del poder del que resultan sus facultades), siendo de especial interés las normas que sobre el factor notorio establece el artículo 286 CCo.
- f) **CONTENIDO.** Por condiciones financieras deben entenderse las relativas a los tipos de interés, tanto ordinarios o de demora, único punto al que puede referirse la subrogación (y en su caso, las disposiciones antes citadas). Lógicamente no se referirá al importe del préstamo que, por el momento, es (o puede ser) desconocido.
- g) **RECTIFICACION DE LA OFERTA.** Si se advirtiera error en la oferta, dado su carácter VINCULANTE, parece que no cabe su rectificación, salvo que, transcurrido el plazo fijado, no fuera aceptada, en cuyo caso se entenderá como nueva oferta.
- h) **LEGALIDAD DE LA OFERTA.** ¿Cabe excepcionarse por la entidad prestamista la falta de legalidad de la oferta emitida por la entidad que pretende la subrogación (por ejemplo: se contienen variaciones en el plazo o comisiones no permitidas)?
La LS no contempla este supuesto, y tal oposición tiene difícil encaje dentro del automatismo previsto en la LS, que parece permitir que siga el íter subrogatorio. Si la entidad prestataria no expide certificación, la expedirá a su riesgo la entidad subrogada, y se consumará la subrogación.
- i) **COSTE DE LA OFERTA.** La LS no dice nada al respecto, ya que la relación cliente-entidad subrogada no es regulada por la LS (y donde rige, en consecuencia, el principio de libertad de contratación). No obstante, es evidente que la formulación de tal oferta va a suponer un trabajo importante a las entidades de crédito. Por ello es previsible:

— Alguna entidad ya ha anunciado que va a cobrar comisión por el hecho de formular tal oferta vinculante (a modo de comisión de estudio).

- Otros lo englobarán dentro del concepto gastos de estudio del crédito subrogatorio (con el problema de que, emitida la oferta, no se lleve a buen término la subrogación). En este caso se quedarían sin cobrar.

Tal comisión que, previsiblemente, se va a cobrar se justifica:

- Para compensar el trabajo que ello va a suponer.
- Como forma de vincular al cliente.
- Para evitar que cada cliente solicite ofertas vinculantes a todas y a cada una de las entidades, y repita tal petición reiteradamente.

Además, para emitir tal oferta, parece aconsejable llevarse a cabo diversas actividades que implican costo (información de la situación registral, tasación...), que se cobrarán, como gasto por cuenta del cliente, con independencia de la comisión.

La LS nada dice al respecto, por lo que será de aplicación la libertad contenida en la Orden de 12 de diciembre de 1989, siempre que se notifique al Banco de España. Esta comisión, previsiblemente, provocará una limitación práctica a la entrada en vigor de la LS.

3.º **ACEPTACION DE LA OFERTA.** Supone el cierre del círculo oferta-aceptación.

- a) **NATURALEZA JURIDICA.** ¿Supone esta aceptación la perfección del contrato a que se refiere el artículo 1.262 CC? ¿Quedan ya las partes vinculadas por los términos de la oferta y aceptación?

Del examen de la LS es evidente que no (para empezar, cabe enervación). En consecuencia, la naturaleza de tal oferta y aceptación debe considerarse como un pacto *in contrahendo* (y no el verdadero y definitivo contrato). En consecuencia:

- Las partes se obligan a llevar a cabo los actos necesarios para culminar la subrogación.
- En caso de no llevarse a cabo por causa imputable a una de las partes, deberá indemnizar los daños y perjuicios sufridos.
- Por causas válidas que permiten desligarse de lo convenido, cabe señalar, cuanto menos, el supuesto de enervación y el de disconformidad razonada (por ejemplo, cambio de circunstancias).

- b) **CAPACIDAD.** El deudor ha de tener facultad para contratar, dada su naturaleza de pacto *in contrahendo*.

- c) Ha de ser PURA Y SIMPLE, ya que, en otro caso, se considerará como una contraoferta.
- d) FORMA. No se requiere forma expresa, aunque, dado que la oferta es escrita, debería de revestir (*ad probationem*) igual forma, aunque no hay obstáculo para admitir la aceptación tácita (sin perjuicio de la prueba de tal aceptación).
- e) PLAZO. El fijado por la oferta, y en defecto de ésta, el que fijen los Tribunales, ex artículo 1.128 CC.
Lo importante es la aceptación, no el conocimiento en plazo por la entidad oferente (54 CCo, y no 1.262 CC), dado el carácter mercantil del préstamo. Si se hiciera fuera de plazo, sería válida si es aceptada por la entidad que pretenda subrogarse (que no estará vinculada a aceptarla).
- f) EFECTOS DE LA ACEPTACION:
 - Supone un pacto *in contrahendo*, como se ha dicho.
 - La aceptación por el deudor implica autorización a la entidad que pretenda subrogarse para que lo notifique a la entidad prestataria, y le requiera para que, en el plazo máximo de siete días naturales, certificación del débito del deudor por el préstamo en el que se ha de subrogar (1.2 LS).

4.º **NOTIFICACION LA ENTIDAD ACREEDORA.** No se exige forma para tal notificación y requerimiento, entendiéndose que puede hacerse en cualquiera que permita tener constancia de la fecha de la entrega (notarial, carta con acuse de recibo, telegrama, entrega personal con firma del recibí, télex, telefax...). Todo ello sin perjuicio de la utilidad de que tal notificación se haga en forma fehaciente (máxime para el caso de que no se expida Certificación, para evitar dudas en cuanto a la aplicabilidad de los supuestos de subrogación).

5.º **EXPEDICION DE LA CERTIFICACION POR LA ENTIDAD PRESTAMISTA.**

- a) CAPACIDAD. Ha de ser expedida por persona con facultades suficientes, pues, de otro modo, podrá ser tenida por no hecha (a salvo de lo dicho para el factor notorio).
- b) CONTENIDO. Ha de contener el importe del débito por razón del crédito, incluyéndose, en consecuencia:
 - El saldo vivo pendiente por principal.
 - Intereses (ordinarios o de demora pendientes de pago, devengados y no satisfechos).
 - Comisiones (en especial, comisión de cancelación, dentro de los límites de la LS). Incluye todo tipo de comisiones pactadas:

comisión de mantenimiento, de cancelación, de subrogación y cualquier otra pactada en la escritura de préstamo.

Además, dado que el préstamo devenga intereses diariamente, deberá consignarse la salvedad del devengo hasta el día del efectivo pago (siendo conveniente, por simplicidad, fijar los intereses diarios que devenga la citada deuda).

La fijación del importe es uno de los principales defectos que puede predicarse de la LS. En efecto, dicha Certificación sólo puede contener tales conceptos, pero puede ser que tales conceptos no agoten la totalidad de la deuda. Así:

- Tratándose de cuentas de crédito, los excedidos de disposición.
- Puede haber deudas por otros conceptos (seguro, pagos hechos por cuenta del prestatario, escrituras, compraventa anterior...) que quedarían fuera de dicho importe subrogatorio, y que quedarían desprovistas de la garantía hipotecaria (aunque estuvieran cubiertos por la responsabilidad hipotecaria por el concepto de otros gastos o gastos accesorios).

En ambos casos, y cualquiera otro análogo, la subrogación implica la extinción de la obligación primitiva, todo ello sin perjuicio de que pudieran hacerse efectivos por procedimiento ejecutivo ordinario.

- c) **FORMA.** Lógicamente, deberá ser escrita.
- d) **PLAZO.** Siete días naturales desde su recepción. El plazo es de emisión, no de recepción.
- e) **RECTIFICACION DE LA CERTIFICACION EXPEDIDA.** Cabe pensar que la Certificación expedida no lo haya sido correctamente, bien:
 - Porque fue realizada por persona que no tenía capacidad suficiente.
 - Porque es erróneo el cálculo realizado.

La LS no prevé el supuesto. A tal fin entiendo:

- Que si se ha culminado ya la subrogación, no cabrá su rectificación, sin perjuicio, en su caso, de ejercitar una acción de enriquecimiento (en su caso) contra el prestatario, por el procedimiento declarativo correspondiente.
- En otro caso, si queda acreditada la realidad del error, parece que debe admitirse tal rectificación, habida cuenta que, a diferencia de la oferta, no se predica el carácter VINCULANTE a tal Certificación.

SI NO SE EXPIDE EN PLAZO LA EXPRESADA CERTIFICACION, O NO REUNE LOS EXIGIDOS REQUISITOS. En este caso, la entidad que pretenda subrogarse calculará, bajo su responsabilidad, y asumiendo las consecuencias de su error (que no serán repercutibles al deudor) el importe de la deuda (por principal, intereses —ordinarios y de demora— y comisiones devengadas y no satisfechas).

Este precepto no es imperativo (no obstante lo terminante de su redacción), de forma que la entidad puede esperar a que tal Certificación le sea expedida, no asumiendo así los riesgos inherentes al cálculo por su cuenta.

Esta es la verdadera **INNOVACION** que introduce la ley, justificada en la «lealtad comercial recíproca», en expresión de la Exposición de Motivos.

6.º **ENERVACION POR LA ENTIDAD PRESTATARIA.** La entidad prestataria podrá enervar la subrogación si, en el plazo de quince días naturales a la notificación de la Certificación, formaliza con el deudor novación modificativa del préstamo hipotecario.

Se da una última oportunidad a la entidad prestamista. En la práctica, la presente Ley lo que puede suponer es una vía de presión a la entidad prestamista para que suscriba (o para incitarle a suscribir) una novación modificativa. Este no exige que se adecúe el préstamo a las condiciones ofrecidas por la nueva entidad. Cualquier modificación (mejor o peor que ésta) enerva por sí la subrogación, sin perjuicio de poder volver a iniciar el proceso, una vez inscrita la novación.

- a) **NATURALEZA DE LA ENERVACION.** La enervación no implica un derecho de tanteo, ni tampoco es un derecho facultativo concedido a la entidad prestamista.
Su fundamento es la protección del deudor, ya que sólo procederá enervación si en el plazo fijado se suscribe una novación modificativa (que tiene que consentir el deudor). Se pretende con ello facilitar el que pueda obtener unas condiciones aún más favorables de su acreedor.
- b) **PRESUPUESTO DE LA FACULTAD ENERVATORIA:** La expedición de la Certificación. En otro caso, no procederá tal derecho. Este precepto es un contrasentido, ya que tendría lógica si el derecho de enervación estuviera concebido en beneficio de la entidad acreedora (a modo de sanción civil), pero no cuando el verdadero beneficiario es el deudor, como se ha dicho. Debería haberse concedido en todos los casos.
- c) **EFFECTO:** Este derecho implica que hasta que no transcurra, no podrá llevarse a cabo la subrogación. Si no se ha expedido y ha transcurrido el plazo fijado para la expedición de la Certificación,

podrá procederse a la subrogación (mediante el cálculo por su cuenta y a su riesgo por la entidad a subrogarse), al no existir derecho a enervar.

Nada dice la Ley de que tal novación deba notificarse a la entidad que pretendía la subrogación, pero el sentido común aconseja que se practique.

- d) RENUNCIA. La LS no habla de este supuesto, pero entiendo que si el beneficiario de tal derecho es el deudor, no veo obstáculo para que pueda renunciar a tal derecho (ya que él puede saber que nunca va a llevar a cabo una novación modificativa).

El único problema práctico sería el considerar qué pasaría si, no obstante, tal renuncia, el deudor llevara a cabo una novación modificativa. ¿Cerraría el acceso registral de la subrogación? Nada dice la LS, pero estimo que no (sin perjuicio de la responsabilidad del deudor). Es decir, se inscribiría la novación y a continuación se tomaría la nota de subrogación.

7.º PAGO A LA ENTIDAD PRESTAMISTA Y OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA DE CANCELACION.

Transcurrido el plazo sin que se haya enervado la subrogación, caso de que proceda tal facultad, la entidad que pretenda subrogarse deberá realizar el pago de la cantidad adeudada por principal, intereses, comisiones y gastos devengados y no satisfechos, y a otorgarse la correspondiente escritura de subrogación.

a) IMPORTE DEL PAGO.

- Si se hubiera expedido la Certificación: importe de la Certificación. La LS no prevé que la entidad que pretenda subrogarse o el deudor no esté conforme con la liquidación practicada, debiendo entenderse aplicable, por analogía, lo previsto en el último párrafo: el Juez competente para conocer de la ejecución, oídas las partes, decidirá lo que proceda, por los trámites de la apelación de los incidentes. En este caso, no se llevará a cabo la subrogación hasta que se resuelva la cuestión, y hasta ese momento no hará el pago. Si lo prefiere, podrá pagar la cantidad fijada en la Certificación, subrogarse, y luego hacer la reclamación, en la forma expuesta.
- Si no la hubiera expedido: pago de la cantidad fijada por la liquidación practicada a su costa por la entidad que pretenda subrogarse.

Un problema común a ambas formas de pago es que, habida cuenta que el préstamo devenga intereses día a día, puede no ser conocida dicha suma hasta el mismo día del pago. A tal fin:

- Si en la Certificación no se ha consignado tal extremo, bastará pagar el importe certificado.
- En otro caso (vg: se fijan los intereses que devenga diariamente la cantidad adeudada). Debería fijarse, previamente, tal cantidad.

b) FORMA DE REALIZARSE EL PAGO.

- a) NORMAL: El pago se hará mediante la oportuna operación bancaria solutoria, y el resguardo se incorporará a la escritura de subrogación.

Dicho resguardo es emitido por la propia entidad que se subroga, lo cual es una regla excepcional a la general, que es que lo declare recibido el acreedor. Ello se justifica por la «necesaria lealtad comercial» a que hace referencia la Exposición de Motivos.

- b) EXCEPCIONAL: Aplicable a dos casos:

1) Si la entidad prestataria no ha expedido Certificación. En este caso, estimo que es posible hacerse el pago por el procedimiento ordinario (operación bancaria) o por el excepcional, a voluntad de la entidad que se subroga.

2) La entidad prestataria se niega a recibir el pago.

En ambos casos, la entidad que pretenda subrogarse DEPOSITARA dicha suma en poder del Notario autorizante de la escritura de subrogación.

Este depósito es una nueva modalidad a los medios de extinción de las obligaciones que contempla el artículo 1.156 del Código Civil, que contempla la consignación (y no el depósito). Además no se admite oposición al depósito, a diferencia de la consignación (en la que sí se admite oposición del acreedor).

El depósito se hará, aunque la ley no lo diga:

- Bien en metálico, bien en cheque bancario o conformado. Si fuera cheque ordinario, la subrogación no podría llevarse a cabo hasta la efectividad del cheque, lo que se hará constar por diligencia ulterior.
- Ha de estar hecho a nombre del Notario. ¿Y si estuviera expedido a nombre de la entidad prestamista? Estimo que no sería válido:
 - i) Porque el depósito es del importe, que es dinero, no de efectos de comercio.
 - ii) Porque el efecto liberatorio de los cheques resulta de la efectividad de los mismos (1.170 CC).

- iii) Porque podrían plantearse problemas ulteriores con el pago del precio (ya que el ente pagador es el propio subrogado).
- iv) Porque los citados cheques tienen un plazo de validez, difícilmente compatibles con el hecho del pago.
- v) Para evitar problemas que pudieran derivarse de la quiebra, suspensión de pagos o intervención de la entidad emisora del cheque.

El pago ha de ser TOTAL, ya que la LS no prevé supuestos de subrogación parcial, y no estando compelido el acreedor a recibir el pago parcial de la obligación. No obstante, si lo aceptara, sería válido el pago parcial, produciéndose la subrogación en forma negocial (cesión parcial de crédito).

- c) **ESCRITURA DE SUBROGACION.** Técnicamente la subrogación se deriva, *ex lege*, del hecho del pago, y siendo este un acto jurídico, podría parecer más adecuado que revistiera forma de acta y no de escritura. No obstante, teniendo en cuenta que en realidad lo que se documenta es un préstamo con propósito solutorio, con efectos subrogatorios, tal préstamo exige forma de escritura.

SIMULTANEIDAD DEL PAGO Y LA ESCRITURA. La LS parte de la idea de que, producido el pago, se otorga la escritura, sin exigir la simultaneidad de ambos momentos.

En la práctica, no parece lógico que ninguna entidad realice el pago sin haberse asegurado que el deudor ha firmado la escritura de subrogación. Por otro lado, el medio normal de pago es el resguardo de la operación bancaria, y, salvo que el documento se firme en el Banco, la simultaneidad es complicada.

Cabe solventar esta cuestión:

- a) Disponiendo una subrogación condicionada hasta que se haga efectivo el pago. Una vez hecho, condición cumplida.
- b) Disponiendo una subrogación unilateral por el deudor, a la que el Banco otorgaría escritura de aceptación, previa justificación del pago.
- c) Disponiendo que la subrogación no sea efectiva hasta el momento del pago, que se haría constar por diligencia a continuación. Este es, a mi juicio, el medio idóneo (análogo al supuesto 40.1 LSA y 132 RRM)

NOTARIO COMPETENTE. No hay norma competencial, rigiendo el principio de libre elección de Notario.

COMPARECIENTES. Deberán comparecer siempre el deudor y el representante de la entidad subrogada:

- El deudor, ya que hasta ese momento no hay constancia documental pública de su intervención en el proceso subrogatorio, así como para indicar su propósito de solicitar un préstamo o de haberlo solicitado para amortizar el préstamo con el prestamista primitivo.
- La entidad subrogada, en cuanto que será la nueva titular de los derechos derivados del préstamo.

También puede derivarse tal exigencia del hecho de que, en realidad, se documenta un préstamo con fines liquidatorios de otro anterior.

No es necesario el concurso del prestatario, sin perjuicio de que lo pueda hacer a fin de dar carta de pago y consentir en la subrogación.

CAPACIDAD.

- No plantea dudas el representante de la entidad prestamista (si compareciera), que bastaría tener capacidad para dar carta de pago.
- Tampoco plantea dudas el representante de la entidad subrogada, que habrá tener, no sólo capacidad para conceder préstamos, sino facultades para adquirir hipotecas.
- Más complicado es el tema de la capacidad del deudor. A tal fin, hemos de distinguir:
 - i) Si la subrogación implica modificación del préstamo, pero sin modificarse la hipoteca: basta capacidad para contratar. En consecuencia:
 - Préstamo con garantía hipotecaria de bien ajeno: basta que comparezca el prestatario.
 - Préstamo a varias personas (mancomunado o solidario): bastará la comparecencia de uno cualquiera, sin perjuicio que la modificación (por beneficiosa) afecte a los demás, y sin perjuicio del derecho de los no comparecientes a oponerse a lo actuado.
 - Préstamo a ambos cónyuges en gananciales: bastará uno de ellos (1.384.1 y 1.385.2 CC por analogía).
 - ii) Si la subrogación implica modificación (aun a la baja) de la hipoteca, deberán tener capacidad para hipotecar. En consecuencia:

- Deberán comparecer todos los comuneros (397 CC), al tratarse de una modificación jurídica.
- Bienes gananciales: deben concurrir ambos (art. 1.377 CC).
- Hipoteca de bien ajeno: deberá concurrir, además, el dueño de la finca hipotecada.

CONTENIDO DE LA ESCRITURA. Se consignará:

- i) Que el acreedor ha tomado de la entidad subrogada dinero a préstamo con la finalidad exclusiva de pagar la deuda pendiente del préstamo suscrito con la prestataria, dando carta de pago de tal cantidad (por analogía 1.211 CC).
Este préstamo puede concederse, y en la práctica se hará así, en el mismo documento, y en el que constará el destino exclusivo, pero nada obsta para que se diga que se ha instrumentado en otro documento, que habrá de ser escritura pública, por exigirlo así el artículo 2.1 LS.
- ii) La mejora de las condiciones del tipo de interés (art. 4 Ley), y demás estipulaciones permitidas (según se ha dicho).
- iii) Deberá incorporarse el resguardo de la operación bancada, o la justificación de la entrega del importe al Notario autorizante (caso de negarse la entidad prestamista a recibir su importe).
- iv) ¿Deberán constar en la parte expositiva todos los pasos del proceso **subrogatorio**? Dados los términos estrictos de la LS, y el necesario control notarial y registral, parece aconsejable que así sea.

NEGATIVA DE LA ENTIDAD QUE SE SUBROGA A OTORGAR LA ESCRITURA. Supongamos (a los puros efectos científicos, ya que en la práctica sería insólito) que, llegado el momento de otorgarse la escritura, la entidad subrogada, realizado el pago, se negare a otorgar la subrogación.

No obstante el carácter vinculante de la oferta, la naturaleza de ésta y de la aceptación como un pacto *in contrahendo*, parece abonar la tesis de que si alguna de las partes se negare llevar a cabo la subrogación, creo que, si no obedece a justa causa, procederá la indemnización de daños y perjuicios, no siendo posible exigir el cumplimiento en forma específica, y supliendo el Juez tal comparecencia (1.098 CC).

8.º NOTIFICACION DE LA SUBROGACION A LA ENTIDAD PRESTATAMISTA. Sólo aplicable al caso de que la liquidación se haya hecho por cuenta y riesgo de la entidad subrogada (no si se ha expedido certificación). Dicha notificación se hará de oficio por el Notario, mediante remisión de la copia autorizada de la escritura de subrogación, no siendo necesario un requerimiento expreso a tal fin.

El precepto impone la notificación mediante la remisión de copia autorizada: no parecen exigirse la forma de las actas de notificación (que exige hacerse a través de Notario competente para actuar en el lugar donde haya de hacerse la notificación), bastando los requisitos del acta de remisión por correo, pudiéndolo hacer directamente el Notario autorizante, aunque el destinatario no radique en lugar de competencia del Notario.

Documentalmente se recogerá en la escritura mediante la correspondiente diligencia de envío, y posterior de recepción.

9.º *ALEGACIONES DE LA ENTIDAD PRESTAMISTA. (SOLO EN EL CASO DE QUE SEA PROCEDENTE LA NOTIFICACION.)* Una vez notificada la subrogación, la entidad prestamista podrá alegar, en los ocho días siguientes, y en igual forma, error:

- a) **CONTENIDO.** Debe entenderse referida a la fijación de la cuantía satisfecha por la entidad subrogada.
- b) **PLAZO.** Ocho días de la recepción de la copia autorizada de la escritura de subrogación.

Del tenor del precepto parece que es necesario la recepción de la copia de la escritura de notificación, pero no veo obstáculo para que puedan hacerse tales alegaciones aun antes de la recepción, si tiene conocimiento suficiente de lo actuado. A tal fin, y sin perjuicio de la notificación, estimo que tiene legitimación para pedir copia de la citada escritura (dado su interés legítimo).

- c) **FORMA.** Debe hacerse en forma notarial, bastando acta de envío de carta (al hacerse en igual forma).

La oposición es ajena a la escritura de subrogación, por lo que no deberá constar (mediante la oportuna diligencia) en la citada escritura.

- d) **EFFECTOS:** La alegación de error provoca los siguientes efectos:

- La subrogación produce plenos efectos (y puede por tanto procederse a su constancia registral). En consecuencia, carece de trascendencia a efectos registrales. Por ello la LS habla de importe por cuenta y «a riesgo». Si se produce error, la entidad que se subroga deberá correr con él.
- Se acudirá al Juez, siendo competente el que lo sea para conocer la ejecución, que citará a las partes a una comparecencia, en los ocho días siguientes, y tras oír a las partes, admitirá los documentos que se le presenten y acordará, en los tres días, lo procedente, por medio de Auto, que será apelable, a un solo efecto, sustanciándose por los trámites de la apelación de incidentes.

10.º **CONSTANCIA REGISTRAL** (art. 5 LS). El hecho de la subrogación no surtirá efectos contra terceros si no se hace constar en el Registro de la Propiedad por medio de **NOTA MARGINAL**. Con impropiedad, el párrafo 3 del citado artículo habla de «inscripción de la subrogación».

La elección de la técnica de nota marginal no es nueva, y ya era **empleada** para supuestos de análoga naturaleza, 231 y 236.e) RH, máxime cuando el préstamo concedido al deudor por la entidad que se subroga para amortizar el préstamo inscrito, carece de acceso al Registro. En términos de LACRUZ BERDEJO, nos encontramos ante una nota marginal sucedánea de asiento principal, con verdaderos efectos de inscripción, y con iguales efectos que ésta.

- a) **NATURALEZA**. Ya que la subrogación se produce sin intervención del acreedor, ¿supone ello una excepción al principio de tracto sucesivo, entendiéndolo, en su versión sustantiva, con NÚÑEZ LAGOS, SANZ, COSSÍO..., como consecuencia de la titularidad **registral** (sólo pueden **inscribirse** títulos otorgados por el titular registral, siempre que pueda disponer en tal forma de su derecho)?

Aunque *a priori* pudiera así entenderse, estimo que no es una excepción a dicho principio, dado que la subrogación es un efecto legal derivado del pago hecho en determinadas condiciones, y así y de igual forma opera en los casos de los artículos 231 y 236.e) RH.

Las verdaderas novedades introducidas por la LS está, como se ha visto:

- En la posibilidad que tiene la entidad subrogada de determinar la deuda (caso de que no se expida Certificación).
- En la forma de acreditar el pago, no exigiéndose consignación judicial (ex art. 180 RH).

- b) **TITULO INSCRIBIBLE**. La escritura de subrogación, cumplidos los requisitos del artículo 2 LS, sin necesidad (en el caso de que proceda) de que se haya notificado al deudor principal de tal subrogación.

La LS ha querido dar efectos registrales inmediatos a la subrogación, desentendiéndose el Registro de la posible alegación de error (ya que la entidad subrogada correrá con el riesgo del mismo, lo que hace que sea irrelevante para fijar el importe de la obligación subrogada).

No se requiere presentar conjuntamente con la escritura de subrogación, la escritura de préstamo (art. 5 *fine* LS).

- c) **CALIFICACION.** Reglas ordinarias. El artículo 5 dispone (de forma innecesaria, ya que ello puede derivarse del art. 1.3 LH) que el Registrador no calificará las cláusulas del préstamo inscrito que no se modifiquen.

En este punto (y dado el carácter excepcional de la LS y los posibles perjuicios que se pueden irrogar a los acreedores anteriores al préstamo y posteriores a la hipoteca) es de gran importancia el juicio del Registrador acerca de si la subrogación ha cumplido los requisitos fijados en la LS.

- d) **DEFECTOS EN EL TITULO.** En el caso de que el título presentado adolezca de defectos, calificados de SUBSANABLES, el Registrador podrá, a instancia del presentante, tomar NOTA MARGINAL PREVENTIVA (163 RH), por plazo de sesenta días (prorrogables hasta ciento ochenta días por justa causa y en virtud de providencia judicial). Dicha nota tiene efectos propios de la anotación preventiva de suspensión.

- e) **CIRCUNSTANCIAS DE LA NOTA MARGINAL.** La nota expresará:

- 1.º La persona jurídica subrogada en los derechos del acreedor.
- 2.º Las nuevas condiciones pactadas del tipo de interés.
- 3.º La escritura que se anote, su fecha y el Notario que la autorice.
- 4.º La fecha de presentación de la escritura en el Registro y la de la nota marginal.
- 5.º La firma del Registrador, que implicará la conformidad de la nota con la escritura de donde se hubiera tomado.

d) *Efectos de la subrogación*

1.º La subrogación presupone la concesión de un nuevo crédito por la entidad subrogada. Dicho crédito no está regulado por la LS, por lo que se regulará por la normativa general de los mismos.

En este punto señalar que la entidad subrogada podrá cobrar las comisiones que libremente pacte en la operación.

2.º El crédito del prestamista con el deudor queda extinguido por efecto del pago, con la única excepción de lo dicho:

- Para el caso de que el importe de la Certificación (o de la liquidación sustitutoria) no coincida con el importe total adeudado por razón del contrato (vg: gastos previos, gastos accesorios...).
- Para el caso de que amortización anticipada produzca a la entidad prestamista un daño económico (art. 3.3 LS).

3.º Por efecto del pago, el subrogado se coloca en la posición jurídica del prestamista, con iguales derechos que éste, ya sea contra el deudor o contra los terceros, ya sean fiadores o poseedores de hipotecas (1.212 CC).

La hipoteca, como queda dicho, no se modifica, sin perjuicio de que se pacte así (y tal modificación no implique agravación de la responsabilidad hipotecaria).

El rango del crédito de la entidad subrogada es idéntico al que tenía el primer prestamista.

4.º **EJECUCION DE LA HIPOTECA** (art. 6 LS). Se ajustará a lo dispuesto en el Código Civil y en la LH.

Para la ejecución, la entidad subrogada presentará:

- i) Primera copia auténtica inscrita de la escritura de subrogación.
- ii) Título de crédito, con los requisitos de la LEC para despachar la ejecución. Dicha Ley exige primera copia del título del préstamo hipotecario, si bien la LS suaviza tal precepto (en igual línea que el artículo 131.3.2.º para el procedimiento judicial sumario, y del artículo 236.a) RH para el procedimiento extrajudicial), al disponer que si no pudiera presentarse título inscrito, bastará Certificación registral que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca.

e) *Costes de la subrogación*

a) **BANCARIOS.**

En cuanto al préstamo concedido por la entidad que se subroga: reglas GENERALES, tal que la LS nada dice al respecto.

Respecto de la subrogación propiamente dicha:

- Nada se dice acerca de si se puede cobrar comisión por la oferta vinculante, por lo que regirá el sistema de libertad, y parece que se va a imponer una comisión.
- Tampoco se dice nada acerca de si puede pactarse comisión de estudio y además comisión de subrogación, por lo que cabe decir lo mismo que en el caso anterior.
- Acerca de la comisión de amortización anticipada, la LS distingue:
 - a) Préstamo A **INTERES FIJO**. Se estará a lo pactado, que no tiene límites, rigiendo el régimen de libertad hasta ahora vigente. La justificación es, en términos de la Exposición de Motivos, el riesgo financiero que asume la entidad de crédito que ha podido

fijar un tipo actual bajo en base a una presumible bajada a largo, con idea de asegurarse tipos futuros mejores para la entidad.

- b) Préstamos A **INTERES VARIABLE** (art. 3 LS). Aquí sí se limita su percepción, dado que el préstamo no asume riesgo financiero, lo que asimila la comisión a una pena por desistimiento (Exposición de Motivos).

La cantidad a percibir por las entidades, en concepto de comisión de cancelación:

- i) Se calculará sobre el capital pendiente a amortizar. No cabe tomar como base el principal del préstamo.
- ii) Límites a su percepción:
 - 1.º Si no se hubiera fijado comisión: no tendrá derecho a percibir cantidad alguna.
 - 2.º Si se hubiere fijado una comisión igual o inferior al 1 por 100: la comisión será la pactada.
 - 3.º En los demás casos (es decir, si se pactó superior al 1 por 100): sólo se podrá percibir el 1 por 100, cualquiera que se hubiere pactado. No obstante esta regla GENERAL admite una **EXCEPCION** (justificado en la Exposición de Motivos como una manifestación del principio moderador del 1.154 del Código Civil y, especialmente, en momento de crisis económica): Si la entidad acreedora demuestra la existencia de un daño económico que no implique la sola pérdida de las ganancias, producido de forma directa como consecuencia de la amortización anticipada, podrá reclamar aquél. La alegación del daño no impedirá la realización de la subrogación, si concurren las circunstancias de la presente ley, y sólo dará lugar a que se indemnice, en su momento, la cantidad que corresponda al daño producido.

El hecho determinante es «daño económico que no implique la sola pérdida de las ganancias», concepto general que implicará su apreciación en cada caso por la autoridad judicial.

- b) **NOTARIALES Y REGISTRALES (ART. 8)**. Da dos reglas, con el fin de minimizar tales costes:

- i) Se considera documento de cuantía, y se tomará como base de cálculo la cifra pendiente de amortizar en el momento de la subrogación.
- ii) Se entenderá que el documento autorizado contiene un solo concepto. Si, además de la subrogación se contuviera novación modifica-

tiva en el mismo documento, cada uno de ellos tendría tratamiento arancelario por separado.

c) FISCALES (art. 7 LS). Está exenta la subrogación en la modalidad gradual (es decir, el 0,50 por 100) de Actos Jurídicos Documentados sobre documentos notariales.

EL PROBLEMA DE LA REVITALIZACION DEL PRESTAMO

Uno de los principales problemas que plantea la ley es el que llamo revitalización del préstamo. La LS no exige que la subrogación o la novación modificativa se haga sólo por el importe del principal del préstamo pendiente de pago (o en términos **bancarios**, con el préstamo puesto al día):

- En la subrogación habla sólo de deuda (art. 2 LS).
- En la novación nada dice al respecto (art. 9 LS).

Tampoco en la nota de subrogación o inscripción de la novación consta el importe de la subrogación o el pendiente al tiempo de la novación. Por todo lo expuesto (y este es uno de los riesgos fundamentales de la LS) puede ser utilizado para encubrir nuevas concesiones de préstamo, en perjuicio de los acreedores posteriores.

Un supuesto de hecho aclarará la cuestión: supongamos que un prestatario va pagando en los términos pactados un préstamo (o incluso de forma acelerada, por haber hecho amortizaciones parciales). Incluso más claro: un préstamo está amortizado y no cancelado (caso aplicable lógicamente al supuesto de novación, no de subrogación).

Supongamos asimismo que hay algún acreedor no preferente (otra hipoteca u otro embargo).

La primera entidad (novación) o la subrogada puede conceder un nuevo préstamo y, al documentarlo como una novación o una subrogación, dicho préstamo adquirirá el rango de la primera, con perjuicio de los acreedores posteriores (que presumiblemente concedieron el préstamo o solicitaron el embargo en base al importe pendiente de pago por la hipoteca precedente).

La LS debería haber limitado la novación o subrogación al importe del principal pendiente (aunque el pago subrogatorio incluya intereses y comisiones). De otro modo, puede introducir un elemento de inseguridad nada deseable en el sistema hipotecario.

En todo caso, estimo que si se **documenta** en forma de novación una verdadera concesión de crédito, y dicho **extremo** puede acreditarse por interesado en ello (vía documentación **bancaria**), dicho préstamo carecerá

del rango de la operación primitiva, y podrá hacerse valer así en la vía procesal oportuna (generalmente, tercería de mejor derecho).

OTRAS CUESTIONES CONTEMPLADAS POR LA LEY. Las Disposiciones Adicionales de LS regulan diversas cuestiones:

A) *LIMITACION DE COMISION DE AMORTIZACION*. (Disposición Adicional 1.^a). En los préstamos hipotecarios a interés variable a que se refiere el artículo 1 de la 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 estuviera pactada una comisión mayor.

De su redacción, deducimos:

- a) Aplicabilidad a todo caso, es decir, no sólo al caso de subrogación. Es una verdadera limitación a la libertad hasta ahora predicada para las comisiones.
- b) Sólo es aplicable a los préstamos concedidos por entidades financieras a que se refiere el artículo 2 de la Ley de 25 de marzo de 1981. No a los préstamos concedidos por particulares o por entidades no incluidas en el citado artículo 2 de la LMH.
- c) Por aplicación de lo contenido en el 1.2 de la LS, debe entenderse aplicable a todo tipo de préstamos a interés variable, cualquiera sea la fecha de formalización.
- d) ¿Implica este precepto que el deudor puede amortizar aunque no se hubiera pactado tal posibilidad? Aquí podríamos distinguir:
 - Que nada se hubiera pactado: estimo que si se permite tal amortización, por analogía al artículo 1.2 LS, ya que la D. Ad. 1.^a se remite al citado artículo 1.
 - Si expresamente se hubiera pactado la exclusión de este derecho de amortización anticipada, o se dijera que sólo procederá a instancias de la entidad acreedora. Estimo que en este caso deberá prevalecer lo pactado (*pacta sunt servanda*). En consecuencia, no procederá tal amortización anticipada.

¿Cuál es el motivo por el cual, en este caso, habiendo subrogación, habíamos llegado a la conclusión contraria: a mi juicio, la subrogación que regula la LS es *ex lege*, y por tanto se produce, aun existiendo pacto contrario a la amortización anticipada. En los demás casos, al no existir esta cobertura legal, se ha de estar a lo pactado.

- e) Creo que es de aplicación, tanto a la amortización anticipada total como parcial, ya que donde la Ley no distingue, no debemos de distinguir nosotros.

EFEECTO:

- La cantidad máxima a percibir por la entidad financiera, por este concepto, no puede exceder del 1 por 100, aunque hubiera sido pactado un pago superior.
- No son admisibles otras comisiones o gastos inherentes a la amortización, por concepto estudio, indemnización u otros que tengan análoga finalidad, pues estaríamos en un caso de flagrante fraude de ley. En este sentido hemos de poner de manifiesto que la D. Ad. 1.^a, a diferencia del artículo 3 LS, no prevé indemnización adicional por el daño económico sufrido.
- La base de cálculo será el capital que se amortiza. En consecuencia:

No es admisible tomarse como base el total del préstamo concedido. Por capital debe entenderse principal y no pago a realizar necesario para amortizar (ya que los intereses que se pudieran satisfacer simultáneamente no se amortizan, al estar ya devengados).

B) MODIFICACION DE LA LEY 26/1989, DE 29 DE JULIO, DE DISCIPLINA E INTERVENCION DE LAS ENTIDADES DE CREDITO (Disp. Ad. 2.^a)

Contiene tres normas:

- a) Faculta al Ministerio de Economía y Hacienda, por sí o a través del Banco de España, a publicar regularmente, con carácter oficial, índices o tipos de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a préstamos con interés variable, especialmente en caso de préstamos hipotecarios.

Sin perjuicio de la libertad de contratación, el Ministerio de Economía y Hacienda podrá establecer requisitos especiales en cuanto al contenido informativo de las cláusulas contractuales definitorias del tipo de interés, y la comunicación al deudor del tipo aplicable a cada período, para aquellos contratos de préstamo a interés variable en los que se pacte la utilización de índices o tipos de interés de referencia distinto de los oficiales señalados en el párrafo precedente.

De aquí deducimos:

- Que no se limita la libertad de establecer unos u otros índices de referencia.

- Permite establecer requisitos informativos adicionales caso de no utilizar los tipos publicados con carácter oficial. Este precepto está en la misma línea del Proyecto de Orden Ministerial sobre Transparencia en los préstamos hipotecarios.
 - Que tales normas no tendrán carácter retroactivo (es decir, sólo se aplicarán a los préstamos concertados con posterioridad a la entrada en vigor de la ley).
- b) Faculta al Ministerio de Hacienda a extender las normas dictadas al amparo del párrafo precedente a cualesquiera contratos u operaciones de naturaleza prevista en dichas normas, aunque la entidad que intervenga no tenga la condición de entidades de crédito.
- Esta extensión parece ser doble:
- A operaciones crediticias en general (leasing, factoring, financiación...).
 - A operaciones crediticias celebradas por entidades distintas de las entidades de crédito.
- c) Carácter IRRETROACTIVO de las normas anteriores (que sólo serán de aplicación a operaciones concertadas con posterioridad a la entrada en vigor de la presente ley).

C) *MODIFICACION DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES*

Se limita a introducir en el artículo 45.I.B (exenciones objetivas) un nuevo párrafo (núm. 23), declarando exentos los casos a que se refiere la LS.

JUICIO CRITICO DE LA LEY

Con carácter sintético, podemos señalar:

ASPECTOS FAVORABLES

1.º **BUENOS PROPOSITOS.** Es indudable que la LS persigue una finalidad positiva, cual es intentar abaratar los costes del cambio de hipoteca, y a tal fin, pretende complementar los mecanismos legales a tal fin.

2.º **LIMITACION DE LAS COMISIONES BANCARIAS.** Los bancos deben tratar de obtener beneficios de la intermediación de capitales (diferencial entre el precio de compra y de venta del dinero), y no de las

comisiones, cuyo peso específico en las cuentas de resultados es, a todo punto, excesivo.

3.º La LS va a favorecer la competencia entre entidades de crédito, lo cual hará que las entidades más competitivas y mejor gestionadas, previsiblemente, van a acaparar la cartera de préstamos hipotecarios, lo que fomentará el buen funcionamiento de las entidades.

ASPECTOS NEGATIVOS

1.º **FALTA DE PRECISION TECNICA DE LA LEY**, quizá justificable por la urgencia con la que se ha elaborado, y las importantes modificaciones introducidas en su trámite parlamentario.

2.º Excesiva rigidez en la subrogación, al admitirse sólo la variación en el tipo de interés a la baja. Ello va a suponer, como se ha dicho ya, el que simultánea o inmediatamente se haga una novación modificativa. ¿Por qué no se ha previsto el hacerse ambas simultáneamente? En cualquier caso, creo que no hay obstáculo legal para ello.

3.º **FALTA DE CLARIDAD EN MUCHOS DE SUS PRECEPTOS** (y cuyo estudio concreto se ha hecho en cada caso), lo que va a producir numerosas dudas de interpretación que puede provocar que en la práctica que el resultado práctico sea escaso (o más escaso de lo que pudiera haber sido con una legislación más clara).

4.º **DIFICULTADES QUE VA A OFRECER A LA TITULACION HIPOTECARIA** (que presumiblemente puede provocar un efecto contrario al querido por LS).

De la realidad de la experiencia en otros países, el medio más eficaz para lograr la baja en los tipos de interés es facilitar la captación de ahorro barato por parte de las entidades de crédito. Para ello es fundamental la movilización de los préstamos hipotecarios, a través de la titulación. Precisamente, en los últimos tiempos, desde instancias oficiales, se venía diciendo de la necesidad de ampliar tal mercado para lograr así la bajada de los tipos de interés (no sólo ya por la captación de dinero más barato, sino, sobre todo, por los efectos contables y de coeficientes que se derivan de la titulación hipotecaria).

Ya vimos los problemas que planteaban los préstamos titulizados. De las conclusiones obtenidas cabe prever:

- Que va a ser más estrecho el mercado, ya que las entidades emisoras no van a tener una cartera estable de préstamos que les anime a titular.
- Porque el inversor adquirente de títulos estará menos incentivado a invertir, dado que la garantía de los citados títulos puede quedar

volatilizada por subrogaciones, y las cantidades percibidas por esta vía no están afectas al pago de los citados títulos, que gozarán únicamente, de las garantías personales de la entidad emisora, y de las facultades que para tal caso contempla la LMH y RMH, en concreto:

- i) Tratándose de cédulas y bonos hipotecarios: extinción de la afectación (art. 51.3 LMH), es decir, sólo subsiste la obligación personal de la emisora.
- ii) Tratándose de participaciones hipotecarias: la emisora vendrá obligada a abonar el porcentaje que corresponda a lo percibido (art. 61.3 RMH).

El efecto final es que se titulará menos, y será más difícil obtener financiación a las entidades de crédito, con el consiguiente encarecimiento del precio del dinero.

5.º PUEDE AFECTAR A LA SOLVENCIA DE DETERMINADAS ENTIDADES FINANCIERAS.

El *modus operandi* de muchas instituciones financieras ha sido obtener fondos del mercado (no ya del inversor final, sino de otras entidades) y marcar un diferencial a los préstamos que concede. Si por efecto de LS, dicha entidad pierde parte de su cartera de créditos, pero no puede, simultáneamente, renegociar las condiciones a la financiación obtenida (p. ej.: créditos o bonos u obligaciones a medio o largo plazo), el efecto, en la cuenta de resultados será catastrófico. Puede afectar, en consecuencia, al modo y plazo de la financiación obtenida, y suponer una quiebra a la seguridad financiera de las entidades.

6.º La LS no ha contemplado problemas prácticos de gran trascendencia:

- a) Problema de la revitalización del préstamo y sus efectos sobre la preferencia de los créditos (*vid.* lo dicho).
- b) Excesivo automatismo del mecanismo subrogatorio, que puede llevar a peligros no previstos:
 - 1) Se establece un procedimiento solutorio excepcional en nuestro Derecho, que puede no implicar, necesariamente, el pago efectivo (presupuesto legal de la **subrogación**).
Medio NORMAL DE PAGO: el resguardo de operación bancaria es expedido por el propio sujeto pagador (es decir, el propio deudor se da carta de pago). ¿Y si no llega el dinero al acreedor? ¿Y el caso de infidelidad del empleado? En estos casos, sin perjuicio de la inspección administrativa (Banco de España, principalmente), el prestamista se queda sin hipoteca.

Medio EXCEPCIONAL: El depósito notarial no es una verdadera consignación, ni se permite (como en ésta) la oposición del acreedor.

- 2) La entidad prestamista puede tener otros créditos cubiertos por el préstamo distintos de capital, intereses (ordinarios o de demora) y comisiones, que quedarían despojados *ex lege* de la garantía hipotecaria, no obstante lo pactado.
 - 3) La notificación a la entidad prestamista sólo se prevé en el caso de depósito (en caso de falta de Certificación, o cuando se niegue a recibir el importe). Debería haberse previsto en todo caso, y no procederse a la constancia registral hasta que se hubiera notificado, dando a la entidad notificada un derecho de oposición, en caso de falsedad o incumplimiento de los trámites legales, previendo la posibilidad de anotación de demanda.
 - 4) En caso de falsificación de la Certificación (sobre la cual no existe ningún mecanismo seguro de autenticidad), cuando la entidad prestamista se entere, ya es tarde y no podrá hacer nada para recuperar su crédito (sin perjuicio de otras acciones).
- c) Insuficiente regulación de la oferta vinculante (sobre todo en el caso de cambio de circunstancias).
- d) Problemas de los costes bancarios inherentes al proceso (no solamente la comisión de cancelación).

CONCLUSION

De todo lo dicho, y dada la trascendencia económica de la LS, concluimos que la LS es más un propósito de buenas intenciones que un mecanismo efectivo, dadas las limitaciones de la misma. De la interpretación efectiva que se dé la misma a depender su aplicación práctica y, o bien se interpreta de forma flexible (sin merma de los derechos de terceros) o, me temo, que será, en gran medida, letra muerta. De ahí lo importante de que el Gobierno, en uso de la facultad concedida en la Disposición Adicional 4.^a, complemente y aclare los términos de la ley.

JOSÉ MANUEL HERNÁNDEZ ANTOLÍN
Notario de Madrid.
Registrador de la Propiedad excedente