

# ESTUDIO LEGISLATIVO



# Conversión del tipo de interés variable en un tipo fijo en los préstamos hipotecarios como remedio ante la subida de los tipos de interés tras el RD-Ley 19/2022

## *Conversion of the variable interest rate to a fixed rate in mortgage loans as a remedy to rising interest rates after RD-Ley 19/2022*

por

ESTHER HERNÁNDEZ SAINZ

*Profesora Titular de Derecho mercantil*

*Departamento de Derecho de la Empresa, Facultad de Derecho  
de la Universidad de Zaragoza*

RESUMEN: La crisis económica desencadenada tras la pandemia y la Guerra de Ucrania, unida al alza continuada de la inflación, provocó una rápida subida de los tipos de interés y, en consecuencia, de las cuotas de los préstamos hipotecarios. El legislador, a través del Real Decreto-ley 19/2022, de 22 de noviembre, por el que se establece un Código de Buenas Prácticas para aliviar la subida de los tipos de interés en préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual, ha pretendido introducir mecanismos que alivien la carga que suponen estas subidas para las familias y las PYMEs. Para ello se han introducido numerosas reformas en el régimen de la novación y la subrogación como mecanismos que permiten la sustitución de un tipo de interés variable por un tipo fijo, al tiempo que se intentan reducir sus costes mediante límites a las comisiones, impuestos y honorarios

que gravan estas operaciones. Este artículo analiza el nuevo régimen legal de las novaciones y subrogaciones que implican un cambio de tipo variable a fijo, dado que tras la reforma el panorama normativo que regula estas instituciones resulta especialmente complejo, al estar compuesto por un conjunto de normas con ámbitos de aplicación que interseccionan parcialmente entre sí.

*ABSTRACT: The economic crisis triggered by the pandemic and the war in Ukraine, together with the continued rise in inflation, led to a rapid increase in interest rates and, consequently, in mortgage loan repayments. The legislator, through Royal Decree-Law 19/2022 of 22 November, which establishes a Code of Good Practice to alleviate the rise in interest rates on mortgage loans on primary residences, has sought to introduce mechanisms to alleviate the burden of these rises for families and SMEs. To this end, some reforms have been introduced in the regime of novation and subrogation as mechanisms that allow the substitution of a variable interest rate for a fixed rate, while at the same time attempting to reduce their costs by means of limits on the commissions, taxes and fees that burden these operations. This article analyses the new legal regime for novations and subrogations involving a change from a variable to a fixed rate, given that after the reform the regulatory landscape governing these institutions is particularly complex, as it is made up of a set of rules with partially intersecting areas of application.*

**PALABRAS CLAVE:** Préstamo, préstamo hipotecario, tipos de interés, novación, subrogación.

**KEY WORDS:** *Loan, mortgage loan, interest rates, novation, subrogation.*

**SUMARIO:** I. EL IMPACTO DE LA SUBIDA DE LOS TIPOS DE INTERÉS EN LA CARGA FINANCIERA DE LAS FAMILIAS Y LAS PYMES CON CONTRATOS DE PRÉSTAMO O CRÉDITO HIPOTECARIO A INTERÉS VARIABLE Y LOS POSIBLES REMEDIOS LEGALES PARA SU ALIVIO.— II. LA DIFÍCIL DETERMINACIÓN DEL MARCO NORMATIVO APLICABLE A LA CONVERSIÓN DEL TIPO DE INTERÉS VARIABLE EN FIJO EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.—III. NOVACIÓN CONTRACTUAL MODIFICATIVA CON CAMBIO DEL TIPO DE INTERÉS VARIABLE EN FIJO SIN SUBROGACIÓN. 1. LA INEXISTENCIA DE UN DERECHO LEGAL A LA MODIFICACIÓN DE LA MODALIDAD DE TIPO DE INTERÉS Y LA NECESIDAD DE PACTO ENTRE LAS PARTES. 2. PROCEDIMIENTO Y REQUISITOS PARA PROCEDER A LA NOVACIÓN DEL PRÉSTAMO. 2.A. *Procedimiento general para la novación de préstamos hipotecarios a los que resulta de aplicación la LCCI.* 2.B. *La simplificación de la fase precontractual en las novaciones no sometidas a la LCCI o formalizadas al amparo del Código de Buenas Prácticas de 2022.* 3. CONSECUENCIAS DE LA NOVACIÓN CONSISTENTE EN LA

SUSTITUCIÓN DE UN TIPO VARIABLE POR UN TIPO FIJO.—IV. SUBROGACIÓN FORZOSA DEL ACREEDOR CON CAMBIO EN EL TIPO DE INTERÉS. 1. DELIMITACIÓN DEL SUPUESTO Y DE LA REGULACIÓN APLICABLE. 2. REQUISITOS ESENCIALES DE LA SUBROGACIÓN CON CAMBIO EN LA MODALIDAD DE TIPO DE INTERÉS. 3. PROCEDIMIENTO DE SUBROGACIÓN. 3.A. *Inicio del proceso de subrogación: oferta vinculante e información precontractual obligatoria*. 3.B. *Aceptación de la oferta por el deudor y notificación a la entidad acreedora acompañada de una solicitud de certificado de deuda*. 3.C. *Opciones de la entidad subrogada tras serle notificado el acuerdo de subrogación*. a) Primera opción: entrega del certificado y enervación de la subrogación. b) Segunda opción: entrega del certificado solicitado sin enervación. c) Tercera opción: la entidad a la que se pretende subrogar, permanece pasiva y no entrega el certificado solicitado. 3.D. *Elevación a escritura pública y constancia registral de la subrogación*. 4. EFECTOS DE LA SUBROGACIÓN CON NOVACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS. 4.A. *Subrogación del nuevo acreedor en el préstamo con subsistencia de las garantías preexistentes*. 4.B. *Aplicación íntegra de la LCCI en caso de subrogación en contratos dentro de su ámbito de aplicación objetivo y subjetivo, pero celebrados originariamente antes de su entrada en vigor*. 4.C. *Mantenimiento del rango de la hipoteca*. 4.D. *Reintegro a la entidad subrogada de la parte proporcional de los gastos que satisfizo*. 4.E. *Conservación y facilitación de la documentación precontractual previa a la subrogación*.—V. REDUCCIÓN DE LOS COSTES DE LA NOVACIÓN O LA SUBROGACIÓN POR EL RD-LEY 19/2022. 1. LA REDUCCIÓN DE COSTES COMO ESTÍMULO AL CAMBIO EN LA MODALIDAD DE TIPO DE INTERÉS. 2. LÍMITES A LAS POSIBLES COMISIONES. 2.A. *Límites a la comisión por reembolso en supuestos de subrogación*. 2.B. *Límites a posibles comisiones por novación*. 2.C. *La prohibición temporal de cobro de cualesquiera comisiones en supuestos de conversión de préstamos de tipo variable a fijo o a tipo mixto con un periodo fijo de, al menos, tres años*. 3. EXENCIÓN DEL PAGO DEL IMPUESTO DE ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS. 4. REDUCCIÓN DE LOS HONORARIOS NOTARIALES Y REGISTRALES.—VI. CONCLUSIONES. UNA REFORMA QUE LLEGA TARDE Y UN MARCO NORMATIVO DE DIFÍCIL APLICACIÓN. —VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA

# I. EL IMPACTO DE LA SUBIDA DE LOS TIPOS DE INTERÉS EN LA CARGA FINANCIERA DE LAS FAMILIAS Y LAS PYMES CON CONTRATOS DE PRÉSTAMO O CRÉDITO HIPOTECARIO A INTERÉS VARIABLE Y LOS POSIBLES REMEDIOS LEGALES PARA SU ALIVIO

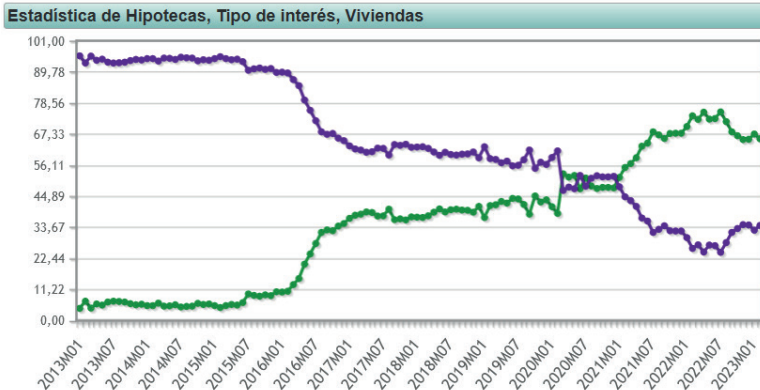
Los contratos de crédito o préstamo concertados a tipo de interés variable, especialmente los acompañados de garantía hipotecaria, suelen ser contratos de

larga duración que se ven afectados por los cambios en la coyuntura económica. La crisis económica post COVID, la guerra de Ucrania y la subsiguiente crisis energética desencadenaron un proceso de alza generalizada de los precios<sup>1</sup>, que ha sido combatido por los Bancos centrales de las principales economías mediante un endurecimiento de su política monetaria. El Banco Central Europeo, con el fin de atajar el proceso inflacionista, inició en julio de 2022 un ciclo de subidas de sus tipos de interés de referencia que, en muy poco tiempo, se ha trasladado a los mercados monetarios y de deuda. El Euribor a un año que había permanecido en cifras negativas hasta marzo de 2022 (-0,237) llegó a alcanzar el 4,178% en octubre de 2023<sup>2</sup>, lo que supuso una subida de más de cuatrocientos puntos básicos en poco más de un año.

El alza del Euribor, índice al que están referenciados la mayoría de los préstamos hipotecarios a interés variable en España, se ha traducido en una relevante subida de los tipos medios de interés de las hipotecas, que se han situado en diciembre en torno al 4,28 % y, en consecuencia, de las cuotas mensuales que deben satisfacer los titulares de préstamos a interés variable<sup>3</sup>. La subida del Euribor y de otros tipos de referencia para intereses variables, unida al alza continuada del coste de los alimentos y la energía (gas, electricidad y combustibles), está teniendo un impacto muy significativo en la situación financiera de las familias, incrementándose de forma relevante la fragilidad financiera de los hogares, especialmente para los de rentas más bajas<sup>4</sup>. También las PYMEs se ven afectadas por la subida de los tipos de referencia, pues muchas de ellas tienen contratados créditos o préstamos hipotecarios a interés variable.

Ante esta situación una posible solución es la modificación del contenido del contrato de préstamo hipotecario mediante el cambio de la modalidad de tipo de interés de variable a fijo, de forma que las posteriores subidas de tipo ya no afecten a la cuota a satisfacer. Ciertamente, en los últimos tres años, la mayoría de los contratos de préstamo hipotecario que se han celebrado se han concertado a tipo fijo, aprovechando la coyuntura de bajos tipos de interés, pero siguen existiendo muchos préstamos a tipo de interés variable. Como puede verse en la siguiente gráfica, obtenida con los datos disponibles en el INE, la tradicional tendencia a la contratación de préstamos hipotecarios a tipo variable se quiebra a mediados de 2015. A partir de 2020 y por vez primera en décadas, el porcentaje de hipotecas contratadas a tipo fijo supera al de hipotecas a tipo variable tendencia que continua hasta mediados de 2022. Esta preferencia de los consumidores por los tipos fijos a partir de 2015 se explica, principalmente, por la fuerte bajada de los tipos nominales de los principales índices de referenciación hipotecaria, en especial el EURIBOR, que hacía presagiar a los consumidores futuras subidas en caso de un cambio en la coyuntura económica, como así ha sucedido. A ello ha de sumarse la elevada litigiosidad que se ha generado en los últimos años en

torno a los préstamos a interés variable, en relación con las cláusulas suelo, las cláusulas de gastos o la aplicación del índice IRPH; litigiosidad que ha motivado que muchas entidades de crédito prefieran también conceder préstamos a tipo fijo que generan menos incertidumbre y resultan menos conflictivos<sup>5</sup>.



Fuente: INE, Estadística sobre Hipotecas.

■ = Contratos de préstamo hipotecario concertados a interés variable  
 ■ = Contratos de préstamo hipotecario concertados a interés fijo

No obstante, sigue habiendo muchos prestatarios que están vinculados por un contrato a tipo variable que podrían beneficiarse de su sustitución por un tipo fijo. Desde la perspectiva jurídica, las opciones para modificar la modalidad de tipo de interés son la novación o la subrogación acompañada de un cambio en la modalidad del tipo de interés pactado. En las últimas dos décadas, en la práctica, han sido mucho más frecuentes las novaciones que las subrogaciones<sup>6</sup>, si bien en 2021 y debido a que los tipos de interés alcanzaron valores mínimos, se constata un alza muy relevante en el número de subrogaciones. En todo caso, tanto las cifras de novación como de subrogación son bajas en comparación con las de otros países<sup>7</sup>.

La posibilidad de conversión del tipo es un instrumento muy beneficioso para los prestatarios. En periodos de subidas bruscas de los tipos de interés de mercado como los que estamos viviendo, el paso de un tipo variable a fijo permite al prestatario detener la escalada en el alza de las cuotas que debe satisfacer. Esta medida también es útil en los periodos de bajada de los tipos, pues el paso de un tipo fijo a uno variable permitirá beneficiarse de tales bajadas. En definitiva, un escenario legal que facilita el cambio en la modalidad de tipo de interés permite a los deudores protegerse frente a escenarios alcistas de los tipos de interés y beneficiarse de mejores condiciones de mercado en periodos de bajadas de los tipos.

Dado que, en muchas ocasiones, la modificación de la modalidad de tipo de interés se lleva a cabo por la vía de la subrogación *ex parte debitoris* también se incentiva la competencia. El deudor acudirá al mercado buscando la entidad que pueda ofrecerle los tipos más competitivos, por lo que los financiadores se esforzarán en ofrecer mejores condiciones financieras para atraer nueva clientela. En todo caso, para que ese efecto procompetitivo se produzca es necesario que la operación de novación o subrogación no tengan costes elevados<sup>8</sup>, elemento este que puede ser controlado mediante una adecuada regulación. Pero, como advierten algunos autores, estas medidas no están exentas de posibles efectos adversos en el mercado de crédito, debido a la anticipación de la posibilidad de subrogación por los operadores del mercado. Los financiadores pueden optar por elevar *ex ante* el tipo de interés al que ofrecen inicialmente la financiación con el fin de anticipar el menor ingreso que podría resultar de la competencia en precios durante toda la vida del préstamo<sup>9</sup>.

El objetivo de este trabajo es analizar la regulación aplicable a la conversión de tipos variables en fijos en préstamos hipotecarios concedidos a consumidores o PYMES para valorar si el marco normativo vigente resulta efectivo en la práctica para combatir la subida de los tipos de interés.

## II. LA DIFÍCIL DETERMINACIÓN DEL MARCO NORMATIVO APLICABLE A LA CONVERSIÓN DEL TIPO DE INTERÉS VARIABLE EN FIJO EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

El cambio mediante pacto entre las partes en las condiciones inicialmente convenidas en un préstamo siempre ha sido posible al amparo del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC). La conversión del tipo de interés de variable a fijo sin cambio de acreedor es una simple modificación de parte del contenido del contrato, mediante la novación modificativa de una de sus obligaciones en lo relativo a la forma de determinación de los intereses a satisfacer. Lo mismo sucede con la subrogación forzosa del acreedor, acompañada del cambio de tipo de interés, que ya era posible al amparo del art. 1211 CC, si bien como destaca nuestra mejor doctrina, en la práctica siempre fue una norma de difícil aplicación<sup>10</sup>, pues la subrogación del acreedor por aplicación de este precepto solo es posible si la deuda está vencida, el plazo de pago se ha establecido en favor del deudor y existe un pacto entre el acreedor original y el deudor que permita el reembolso anticipado. Además, siempre se ha considerado que se trata de una norma excepcional que debe interpretarse de forma restrictiva<sup>11</sup>. De ahí que, desde la década de los noventa, se hayan promulgado numerosas normas dirigidas a facilitar la novación y la subrogación forzosa en los préstamos hipotecarios.



La sucesión de normas y reformas ha dado lugar hoy a un marco normativo regulador de la novación y la subrogación, complejo y disperso, que está compuesto esencialmente por: la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (en adelante citada Ley 2/1994), la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria (en adelante citada Ley 41/2007) y la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante citada LCCI). La aplicación de estas normas se ve notablemente dificultada por tener ámbitos de aplicación objetivos y subjetivos, en partes diversos y en parte coincidentes, y por las sucesivas reformas legales que han venido sufriendo lo que dificulta determinar la norma aplicable a cada supuesto de novación o subrogación en atención al momento en que se celebró el contrato de préstamo.

Además, la Ley 2/1994 y la LCCI fueron modificadas por el Real Decreto-ley 19/2022, de 22 de noviembre, por el que se establece un Código de Buenas Prácticas para aliviar la subida de los tipos de interés en préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual, se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y se adoptan otras medidas estructurales para la mejora del mercado de préstamos hipotecarios (en adelante, citado RD-Ley 19/2022). Entre otras finalidades, este RD-Ley 19/2022 tiene como objetivo facilitar que los prestatarios, especialmente si tienen la condición de consumidores, puedan modificar el tipo de interés variable inicialmente contratado para sus préstamos, para convertirlo en un tipo fijo. Para ello, la norma articula medidas dirigidas a facilitar y simplificar los procesos de novación y subrogación, al tiempo que se reducen los costes inherentes a estas operaciones como son las comisiones que cobran los prestamistas, los gastos notariales y registrales derivados de la formalización de la novación o la subrogación y los impuestos que las gravan. Estas reformas introducidas por el RD-ley 19/2022, atienden solo a la coyuntura actual de subida de los tipos de interés, escenario en el que resultan preferibles los tipos fijos. Por eso, solo se incluyen incentivos para favorecer la conversión de créditos a tipo variable en créditos a tipo fijo mediante la supresión o reducción de las comisiones a satisfacer y mediante una revisión en profundidad del procedimiento de subrogación regulado en la Ley 2/1994<sup>12</sup>, curiosamente para volver a un texto muy similar al previsto en la redacción original de la norma. Finalmente, el RD-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo,

así como para paliar los efectos de la sequía introdujo unos mínimos ajustes en el RD-Ley 19/2022 y en la LCCI en materia de novación.

En el marco de lo previsto en el RD-Ley 19/2022 también se ha aprobado un Código de Buenas Prácticas de medidas urgentes para deudores hipotecarios en riesgo de vulnerabilidad<sup>13</sup> —en adelante citado CBP 2022— que facilita, a los deudores hipotecarios a los que resulta de aplicación, novar su préstamo mediante la conversión de la fórmula de cálculo de interés del préstamo inicial, pasando de una fórmula sujeta a tipo variable revisable periódicamente a otra de tipo fijo (artículo Tercero, letra b). Al igual que su antecesor, el Código de buenas prácticas de reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual constituye un instrumento de Derecho opcional que ofrece una regulación alternativa a la general y que resulta de aplicación solo cuando ambas partes, voluntariamente, han aceptado su aplicación; la entidad de crédito mediante su adhesión al Código y el deudor, mediante su solicitud de aplicación<sup>14</sup>. El contenido de este Código fue modificado por acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de diciembre de 2023<sup>15</sup>.

El problema que surge es que cada una de estas normas tiene un ámbito de aplicación subjetivo, objetivo y temporal propio, por lo que conviene antes de continuar, resaltar las diferencias entre el ámbito de aplicación de la Ley 2/1994 y el de la LCCI, las dos principales normas que afectan a la materia que aquí nos ocupa.

Así, en lo que respecta al ámbito subjetivo, la LCCI se aplica siempre que el concedente del préstamo sea una persona física o jurídica que interviene en el mercado de servicios financieros con carácter empresarial o profesional o, aun de forma ocasional, con una finalidad puramente inversora, concediendo préstamos comprendidos en el ámbito de aplicación de la LCCI (art. 4.2 y art. 2.1 LCCI)<sup>16</sup>. La Ley 2/1994 remite en su art. 1.1 a la LCCI y, por tanto, también se aplica a cualesquiera contratos de préstamo hipotecario concedidos por prestamistas inmobiliarios profesionales, tal y como son definidos por el art. 4.2 de la LCCI. Matizar que la remisión del art. 1.1 de la Ley 2/1994 al art. 4.2 LCCI no supone que la Ley 2/1994 solo deba aplicarse a los préstamos a los que resulta de aplicación la LCCI, sino que es requisito imprescindible que el prestamista subrogado y el subrogante ofrezcan este tipo de préstamos de manera profesional.

La Ley 2/1994 se aplica con independencia de quién sea la contraparte del prestamista que puede ser cualquier sujeto, persona física o jurídica, consumidor o no<sup>17</sup>, español o extranjero. Esto es, cuando un prestamista inmobiliario profesional haya concedido un préstamo hipotecario a un empresario resultará de aplicación a una posible subrogación la Ley 2/1994, aun cuando dicho préstamo no quede sometido a la LCCI. Es evidente que, en tal caso, las previsiones más favorables de la LCCI sobre subrogación no se aplicarán. Y es que la LCCI exige que el prestatario, el fiador o el garante sean necesariamente una persona física.

Cuando se trate de los préstamos contemplados en el art. 2 b LCCI, el prestatario, el fiador o el garante, además de ser una persona física, deberá gozar de la condición de consumidor<sup>18</sup>. Se hace evidente que el ámbito de aplicación de las disposiciones sobre novación o subrogación de la LCCI es más restringido que el previsto en la Ley 2/1994 que puede aplicarse, sin lugar a dudas, a préstamos concedidos a empresarios personas físicas o jurídicas.

Por lo que respecta al ámbito objetivo, la Ley 2/1994 se aplica a cualesquiera préstamos hipotecarios y también a otros créditos con garantía hipotecaria que resulten equivalentes<sup>19</sup>, con independencia de la fecha de su formalización y aun cuando no conste en los mismos la posibilidad de amortización anticipada (art. 1.2 Ley 2/1994). Es irrelevante el tipo de préstamo o crédito (a tipo fijo o variable) y su finalidad (de consumo u otra)<sup>20</sup>; aunque, como veremos, algunas normas solo se aplican a los préstamos a tipo variable. No hay ninguna limitación por razón de su objeto o finalidad, esto es, se aplica más allá de los préstamos con garantía hipotecaria que recaiga sobre una vivienda o de los préstamos inmobiliarios que delimitan el ámbito de aplicación de la LCCI. La única exigencia es que el préstamo o crédito goce de garantía hipotecaria, cualquiera que sea el tipo de hipoteca constituida y el inmueble sobre el que se haya constituido. En consecuencia, la Ley 2/1994 no es de aplicación a los créditos inmobiliarios que caen dentro del ámbito de aplicación de la LCCI si no están garantizados con hipoteca.

En cambio, la LCCI, conforme a su art. 2, solo se aplica a los contratos de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía que recaiga sobre un inmueble de uso residencial y a los contratos de préstamo cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, en este último caso, solo cuando el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor.

Finalmente, en lo relativo al ámbito temporal, la aplicación de la Ley 2/1994 no plantea ningún problema, pues se aplica con independencia de la fecha de formalización inicial del préstamo tal y como establece su art. 1.2. En cambio, como regla general, la LCCI no se aplica a los contratos de préstamo suscritos con anterioridad a su entrada en vigor (Disp. Transitoria primera apartado 1 LCCI). No obstante, si un contrato de préstamo comprendido en el ámbito de aplicación objetivo y subjetivo de la LCCI es novado o es objeto de subrogación, quedará sometido a la LCCI (Disp. transitoria primera, apartado 2, LCCI) por lo que es evidente que dicha norma será de aplicación a posteriores novaciones o subrogaciones de préstamos que inicialmente no estaban comprendidos en su ámbito de aplicación por haberse celebrado antes de su entrada en vigor, pero que pasaron a estarlo tras una primera novación o subrogación una vez en vigor la LCCI. Además, conforme a la Disposición adicional sexta de la LCCI, las normas de la LCCI sobre novación se aplican a supuestos de novación modificativa de contratos de préstamo. Aunque no

se indica expresamente debe entenderse que ha de tratarse de préstamos que reúnan los elementos objetivos y subjetivos que determinan la aplicación de la LCCI con carácter general. Algunos autores consideran que las reglas sobre novación de la LCCI podrán aplicarse incluso a préstamos o créditos no incluidos en el ámbito de aplicación de la LCCI, por haberse celebrado antes de su entrada en vigor, pero que pasarán a estarlo tras la novación<sup>21</sup>. En cambio, las normas aplicables a la subrogación que contiene la LCCI no son aplicables a las subrogaciones forzosas del acreedor que afecten a contratos de préstamo concertados antes de la entrada en vigor de la LCCI, pues no se contempla tal aplicación en la Disposición adicional sexta LCCI. Como excepción se aplicarán las reglas del art. 23.6 LCCI y las normas sobre información del art. 14 en relación con los contenidos del contrato que hayan sido objeto de modificación respecto de lo contratado inicialmente (Disp. transitoria primera, apartados 2 y 3 LCCI).

Puesto que el objeto de este trabajo es analizar el régimen jurídico aplicable a la conversión de tipos variables en fijos en préstamos hipotecarios concedidos a consumidores o PYMEs, podemos concluir que la Ley 2/1994 se aplicará en todo caso a las operaciones de novación o subrogación de préstamos hipotecarios que tengan este resultado. Cuando el préstamo hipotecario quede comprendido en el ámbito de aplicación de la LCCI, también se aplicarán las disposiciones de esta norma en materia de novación o subrogación, prevaleciendo en caso de discrepancia lo dispuesto en la LCCI por ser norma de carácter especial y posterior. Además, si pretende novarse la modalidad del tipo de interés de un préstamo o crédito constituido antes del 31 de diciembre de 2022 y garantizado con hipoteca inmobiliaria sobre la vivienda habitual del deudor o del hipotecante no deudor, cuyo precio de adquisición no exceda de 300.000 euros se aplicarán con carácter preferente las disposiciones del RD-Ley 19/2022 y del CBP 2022, siempre que el crédito haya sido concedido por una entidad adherida al Código y el deudor reúna las condiciones exigidas por el artículo primero del CBP para ser considerado en situación de vulnerabilidad.

En consecuencia, explicaremos conjuntamente el régimen común aplicable a la novación y la subrogación de cualquier préstamo hipotecario con mención de las especialidades cuando proceda.

### III. NOVACIÓN CONTRACTUAL MODIFICATIVA CON CAMBIO DEL TIPO DE INTERÉS VARIABLE EN FIJO SIN SUBROGACIÓN

#### 1. LA INEXISTENCIA DE UN DERECHO LEGAL A LA MODIFICACIÓN DE LA MODALIDAD DE TIPO DE INTERÉS Y LA NECESIDAD DE PACTO ENTRE LAS PARTES

La cláusula contractual en la que se determina la modalidad de tipo de interés (fijo o variable) y las condiciones para la determinación de la concreta cantidad

que en concepto de intereses debe satisfacer el prestatario, constituye un contenido esencial del contrato de préstamo hipotecario, pues sirve para determinar el precio. En consecuencia y como regla general, solo es posible la conversión de un préstamo a tipo variable en un préstamo a tipo fijo mediante un pacto expreso entre deudor y acreedor, ya que tal modificación supone una novación objetiva del contrato. Se trata de una novación modificativa del contrato (art. 1203.1.º CC), salvo que las partes pacten expresamente su carácter extintivo (art. 1204 CC)<sup>22</sup>. Ese pacto puede ser el resultado de una propuesta proveniente de cualquiera de las partes.

También es posible que en el contrato original se haya previsto que el prestatario pueda pasar de un tipo variable a un tipo fijo cuando concurren determinadas circunstancias. En tal caso, se trataría de una facultad de modificación unilateral de origen contractual, por lo que, en última instancia, estaríamos ante una modificación que nace también del pacto entre las partes, en este caso, del pacto original que atribuye al prestatario la facultad de cambiar la modalidad del tipo de interés durante la vida del contrato.

Finalmente, la novación puede venir inducida por un intento de subrogación forzosa del acreedor por parte del prestatario. El art. 2 de la Ley 2/1994 permite a cualquier prestatario con un préstamo hipotecario subrogar a otra entidad en la posición de su prestamista sin el consentimiento de su actual acreedor, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero de la segunda entidad en escritura pública, haciendo constar su propósito en ella. No obstante, el procedimiento de subrogación previsto en el art. 2 de la Ley 2/1994 puede ser paralizado por el acreedor primitivo mediante la enervación de la subrogación si formaliza una novación modificativa del préstamo hipotecario (art. 2, párr. 4.ª Ley 271994). En este caso, la novación puede ser consensuada, si el deudor acepta la propuesta del acreedor, o impuesta por este, pues goza del derecho a enervar. En este último caso, debe interpretarse que la novación forzosa solo será posible si las condiciones que impone el acreedor inicial son iguales o mejores que las propuestas por el acreedor que pretendió subrogarse.

Ni siquiera al amparo de lo dispuesto en el artículo tercero, letra b, del CBP 2022 es posible una modificación unilateral del contenido del contrato de préstamo para transformar el tipo variable inicialmente pactado en un tipo fijo, pese a que ambas partes hayan aceptado la aplicación del CBP 2022 como Derecho opcional. Para advenir la validez de esta afirmación debemos partir del art. 5.4.a del RD-Ley 19/2022 en el que se establece que las operaciones de novación amparadas por el CBP 2022 no podrán suponer una modificación del tipo de interés pactado, salvo que esta se corresponda con alguna de las medidas incluidas en el propio código. Ciertamente, el CBP de 2022 considera el cambio en la modalidad de tipo de interés como una posible solución a las dificultades para la devolución

del préstamo fruto de la subida de los tipos de interés y así, en su artículo tercero, prevé que el prestatario pueda optar entre tres posibles modificaciones del contrato: una ampliación del plazo, una reducción temporal de la cuota mediante el establecimiento de un periodo de carencia de principal parcial o total o la conversión de la fórmula de cálculo de interés del préstamo inicial, pasando de una fórmula sujeta a tipo variable revisable periódicamente a una de tipo fijo. Sin embargo, mientras las dos primeras medidas pueden ser impuestas unilateralmente por el prestatario al prestamista, pues su contenido está legalmente acotado, la tercera requiere, en última instancia, de una voluntad favorable del prestamista. Así se desprende de una lectura atenta del contenido completo de la letra b del artículo tercero en la que se indica lo siguiente:

“Los deudores hipotecarios que resulten elegibles al amparo del presente acuerdo y de las disposiciones del Real Decreto-ley 19/2022, de 22 de noviembre, podrán optar sobre novar su préstamo hipotecario en alguna de las siguientes formas:

(...)

b) Conversión de la fórmula de cálculo de interés del préstamo inicial, pasando de una fórmula sujeta a tipo variable revisable periódicamente a una de tipo fijo. La oferta realizada por la entidad en este caso podrá tener el tipo fijo que oferte libremente la entidad.

La oferta que realice la entidad en el caso de que el deudor hipotecario así lo solicite para valorar acogerse a esta opción, deberá ser clara, transparente y comparable, pudiendo permitir al deudor conocer las consecuencias y el alcance de la novación que se le ofrece al amparo de la misma”.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 6.5 del Real Decreto-ley 19/2022, de 22 de noviembre, la Comisión de Seguimiento podrá requerir a las entidades información individualizada sobre las ofertas presentadas el marco de este apartado.”

Aunque en apariencia, basta con que el prestatario hipotecado opte por la novación, es la entidad la que va a ofrecer el tipo fijo que estime oportuno, luego puede evitar la novación ofreciendo un tipo fijo elevado que no interese al prestatario por resultarle más gravoso que el tipo variable al que está pagando su préstamo, abocándole entonces al alargamiento del plazo como una única solución real para abaratar las cuotas de su préstamo. Por lo tanto, el Código lo único que ofrece al deudor es el derecho a obtener una oferta para la novación de su préstamo a tipo fijo para poder optar entre tal oferta y el alargamiento del plazo. La entidad prestamista puede realizar cualquier oferta sin límite alguno, aunque el ofrecimiento de un tipo fijo anormalmente elevado podría llegar a considerarse un fraude de ley. Si el legislador pretendía garantizar al deudor la posibilidad de conversión de su tipo variable en un tipo fijo, debería haber previsto que la entidad no pudiera realizar ofertas por importe superior al tipo fijo medio al que está

ofreciendo sus préstamos hipotecarios para nuevos clientes. Sin embargo, tal y como está redactado el precepto, la norma constituye un brindis al sol que nada aporta a los deudores hipotecarios en riesgo de vulnerabilidad. Cualquier deudor hipotecario puede solicitar a su entidad una oferta para una novación a tipo fijo. No hay nada que lo impida. Lo único que añade esta norma es que la entidad está obligada a hacerle llegar una oferta, pero no existiendo límite alguno en cuanto al concreto tipo fijo al que se puede ofertar, si la entidad no está interesada en la modificación del tipo bastará con que realice una oferta a un tipo por encima del de mercado para que no se produzca la novación pretendida por el prestatario.

Otro grave defecto es que no se establece el plazo de duración de tal oferta ni si tiene o no carácter vinculante. No obstante, de lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del art. 5 RD-Ley 19/2022 cabe deducir que la propuesta de acuerdo de novación que ha de hacer el prestamista tiene carácter vinculante, pues se da a entender que la novación queda formalizada con la firma de esa propuesta de acuerdo por el prestatario y, cuando sea necesario, por los fiadores y avalistas. En todo caso, convendría que se hubiese indicado expresamente que se trata de una oferta de novación vinculante para la entidad concedente del préstamo y el plazo durante el que está vigente.

Finalmente, indicar que será necesario el consentimiento del tercero hipotecante no deudor cuando la novación modificativa suponga un agravamiento o ampliación de la hipoteca<sup>23</sup>. También será necesario el consentimiento del cónyuge no propietario del inmueble hipotecado, cuando este constituya la vivienda habitual del matrimonio si la novación de tipo de interés va acompañada de cualquier otra que comporte una ampliación de la responsabilidad hipotecaria, lo que no sucederá si solo se reduce el tipo de interés ordinario o de demora<sup>24</sup>.

## 2. PROCEDIMIENTO Y REQUISITOS PARA PROCEDER A LA NOVACIÓN DEL PRÉSTAMO

El procedimiento y los requisitos legalmente exigidos para sustituir el tipo variable por un tipo fijo en un contrato de préstamo hipotecario varían en atención a quienes sean parte en el contrato, al momento en que se celebró el contrato inicial y en función de que la novación sea fruto del acuerdo entre las partes o de la enervación de un intento de subrogación por el acreedor primitivo.

### 2.A. *Procedimiento general para la novación de préstamos hipotecarios a los que resulta de aplicación la LCCI*

Cuando el contrato reúna los requisitos objetivos y subjetivos exigidos por el art. 2 LCCI, el procedimiento de novación para transformar el tipo variable en



fijo deberá respetar lo dispuesto en la propia LCCI y también en la Ley 2/1994, puesto que se tratará de un préstamo hipotecario concedido por un prestamista profesional y el cambio en la modalidad de tipo de interés, es una de las modificaciones permitidas en el art. 4.2.iii de la Ley 2/1994. También será este el régimen jurídico aplicable cuando los requisitos exigidos por el art. 2 LCCI no se cumplan antes de la novación, pero vayan a quedar cumplidos, precisamente, como consecuencia de la modificación del préstamo o sus garantías. Esto último solo sucederá si la novación de la modalidad de tipo de interés va acompañada de otros cambios como, por ejemplo, en supuestos de préstamos concedidos a una persona jurídica con garantía hipotecaria que recae sobre un bien inmueble de uso residencial, cuando a la novación de la cláusula sobre la modalidad de tipo de interés se añade una garantía personal otorgada por un fiador persona física<sup>25</sup>. Las disposiciones de la LCCI son aplicables a la novación modificativa de contratos de préstamo hipotecario tanto si se han celebrados tras la entrada en vigor de la LCCI o como si se celebraron con anterioridad, pues así se desprende de la Disposición adicional sexta y de la disposición transitoria primera, apartado segundo, de la LCCI.

En consecuencia, cuando el contrato de préstamo esté comprendido (o vaya a estarlo) en el ámbito de aplicación de la LCCI, el prestamista deberá dar cumplimiento a los deberes de información y asesoramiento precontractual que contiene la LCCI, si bien tales deberes quedan limitados a aquellos extremos o cláusulas que hayan sido objeto de modificación<sup>26</sup>. Así se desprende de la Disposición transitoria primera, apartado segundo, de la LCCI cuando establece que: “En particular, el prestamista deberá informar al prestatario en los términos señalados en el artículo 14 de aquellos contenidos que hayan sido objeto de modificación respecto de lo contratado inicialmente”. Debe informarse sobre todos los aspectos que se modifican, bien sea por voluntad de las partes, bien porque tras la novación el contrato quedará plenamente sometido a la LCCI, lo que obliga a la necesaria adaptación de parte de su contenido a esta norma. Así, habrá que informar sobre el derecho de reembolso anticipado reconocido en los términos del art. 23 LCCI, sobre la aplicación del art. 24 LCCI en materia de vencimiento anticipado, salvo que el deudor prefiera mantener lo previsto en el contrato por resultarle más favorable o sobre la determinación por imperativo legal del importe de los intereses de demora que deberá aplicarse al contrato en virtud del art. 25 LCCI<sup>27</sup>.

Deberá entregarse la FEIN con carácter de oferta vinculante de novación, durante un plazo de diez días, acompañada de un breve documento en el que se resalten los elementos modificados. También deberá entregarse la FIAE, siquiera sea para informar al prestatario de la posibilidad de vencimiento anticipado como consecuencia del impago y de los gastos derivados de ello, y también de



la distribución de los gastos que acarree la novación. Junto a estos documentos se entregará una copia del proyecto de contrato de novación y el documento de gastos con información clara y veraz sobre los gastos e impuestos generados por la novación que habrá de soportar cada parte<sup>28</sup>.

También habrá de dar cumplimiento el prestamista a los deberes de aclaración previstos en el art. 14.2 LCCI, respondiendo a las consultas que le formule el prestatario acerca del contenido, significado y trascendencia práctica de los documentos entregados. En especial, deberá explicar las implicaciones que el cambio en la modalidad de tipo de interés tendrá para el prestatario. Deberá resaltarse que el prestatario no se verá afectado por nuevas subidas de los tipos de interés, pero tampoco podrá beneficiarse de las posibles bajadas.

En principio, no es obligatorio elevar el pacto de novación a escritura pública e inscribirlo en el Registro de la Propiedad. La novación que conste en documento privado es válida y vincula a prestamista y prestatario, pero no será oponible a terceros al no poder constar en el Registro de la Propiedad (p. ej. terceros adquirentes del inmueble hipotecado). Siempre que el cambio en la modalidad de tipo de interés de variable a fijo no comporte la modificación de la cifra responsabilidad hipotecaria no será necesaria su inscripción en el Registro de la Propiedad<sup>29</sup>. No obstante, la elevación a escritura pública<sup>30</sup> y la inscripción en el Registro de la Propiedad es conveniente para que el contenido novado resulte oponible a terceros.

El Notario que vaya a intervenir en la formalización en escritura pública de la novación deberá comprobar antes de su otorgamiento que el prestamista ha cumplido con estos deberes de información precontractual y que se ha respetado el plazo mínimo de diez días entre la entrega de la información precontractual obligatoria y la firma de la escritura. Igualmente, deberá comprobar que el contenido del contrato tras la novación respeta los límites imperativos previstos en los arts. 20 a 25 LCCI y que la entidad ha depositado previamente las condiciones generales de la contratación, empleadas para la novación por la entidad prestamista, en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación<sup>31</sup>. También pesa sobre el Notario un deber de asesoramiento al prestatario que debe comparecer necesariamente ante él, a más tardar el día anterior al del otorgamiento de la escritura. En caso de novación sigue siendo necesaria el acta de transparencia con la que el Notario da fe de que la entidad de crédito ha cumplido con sus deberes de entrega de documentación precontractual, respetando los plazos legales, y reflejará las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado por el Notario en especial sobre el contenido de la FEIN y la FiAE (art. 15 LCCI). En la escritura debe incorporarse una reseña identificativa del acta de transparencia, con expresión del número de protocolo, notario autorizante y su fecha de autorización, así como la afirmación del notario bajo su respon-

sabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento. No es posible el otorgamiento de la escritura de novación del préstamo hipotecario sin la previa cumplimentación de esta acta (art. 15.5 LCCI), si bien esta tramitación debe adaptarse al concreto contenido de la novación<sup>32</sup>.

Además, tanto el Notario como el Registrador deberán comprobar que las nuevas cláusulas incluidas no resultan abusivas en los términos establecidos en los artículos 84 y siguientes del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. De considerar que la nueva cláusula contraviene una norma imperativa o prohibitiva o presenta un carácter abusivo que puede apreciarse objetivamente siempre que no sea necesaria valoración alguna de las circunstancias concurrentes en el caso concreto propia de la actividad jurisdiccional en procedimiento contradictorio, deberá negarse a autorizar la escritura o a inscribir en el Registro de la Propiedad la novación. También se denegará la inscripción de las cláusulas que hubieran sido declaradas nulas por abusivas por Sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (artículo 258.2 de la Ley Hipotecaria)<sup>33</sup>.

La necesidad de cumplimiento íntegro de todos los requisitos de información precontractual y garantía de transparencia en sede notarial dificulta la novación cuando esta sea fruto de la enervación de un intento de subrogación forzosa del acreedor por parte del prestatario. Conforme al párrafo cuarto del art. 2 de la Ley 2/1994, el acreedor primitivo dispone tan solo de un plazo máximo de quince días naturales desde que entrega el certificado con el importe de lo que se le adeuda al acreedor que pretende subrogarse, para formalizar con su deudor la novación modificativa del préstamo, si quiere impedir la subrogación. Si transcurridos esos quince días no se ha formalizado la novación, puede otorgarse la escritura de subrogación previo pago a la entidad primitiva de lo que se le adeudaba y sin que pueda negarse a aceptar tal pago. Considerando que la información precontractual debe entregarse con una antelación mínima de diez días naturales respecto al momento del otorgamiento de la escritura de novación (vid. art. 14 LCCI) y que el Notario debe otorgar el acta de transparencia a la que se refiere el art. 15 LCCI, previa comparecencia y asesoramiento del prestatario; resultará muy difícil que la entidad acreedora originaria consiga la formalización de la novación antes de que transcurra el plazo máximo de quince días que establece el párrafo cuarto del art. 2 Ley 2/1994<sup>34</sup>.

*2.B. La simplificación de la fase precontractual en las novaciones no sometidas a la LCCI o formalizadas al amparo del Código de Buenas Prácticas de 2022*

Todas las exigencias de transparencia precontractual y asesoramiento notarial decaen cuanto el préstamo novado no reúne los requisitos para quedar comprendido en el ámbito de aplicación de la LCCI. Es el caso, por ejemplo, de la novación de préstamos hipotecarios concedidos a PYMEs con forma societaria o a empresarios individuales con fines distintos a la adquisición o conservación de derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, si la garantía no recae sobre un inmueble de uso residencial. En este caso, se aplica tan solo la Ley 2/1994 que no impone ninguna exigencia de especial transparencia en la fase precontractual. Bastará, por tanto, con el acuerdo entre las partes. Para que resulte oponible a terceros, será necesaria su elevación a escritura pública, seguida de la inscripción en el Registro de la propiedad, mediante nota marginal.

También se simplifica notablemente la fase precontractual en el caso de la novación de préstamos hipotecarios sometidos a la LCCI, a los que también resulte de aplicación el RD-Ley 19/2022 y el CBP 2022 por tener el deudor la condición de vulnerable. El art. 5.5 RD-Ley 19/2022 prevé expresamente que los arts. 10, 11, 12, 14 y 15 y el apartado segundo de la disposición transitoria primera de la LCCI no se apliquen a las novaciones acordadas al amparo de lo previsto en el CBP 2022, lo que incluye el cambio de modalidad de tipo de interés. Conforme a este mismo artículo 5, el prestamista tan solo está obligado a entregar un documento con una propuesta de novación que incluya las tres medidas alternativas para novar las condiciones de su préstamo: el alargamiento del plazo, y/o fijación de la cuota durante doce meses, en las condiciones previstas en el artículo tercero, letra a, del CBP 2022 y la oferta de novación por conversión del tipo variable en fijo conforme a lo previsto en la letra b de ese mismo artículo tercero del CBP 2022. La propuesta se ha de acompañar de información sobre las consecuencias jurídicas y económicas de cada una de estas alternativas de novación y, en su caso, de información sobre las condiciones de la prórroga del seguro de protección de pagos o de amortización del préstamo que inicialmente se hubiera contratado con el préstamo cuya novación se haya solicitado (art. 5.1 RD-Ley 19/2022). No es necesaria, en consecuencia, la entrega de una FEIN o una FIAE. Tampoco se requiere el documento de gastos, puesto que conforme al art. 5.4.b RD-Ley 19/2022 las operaciones de novación realizadas al amparo del CBP de 2022 no pueden conllevar el cobro de gastos o comisiones.

Tras estudiar las alternativas, el deudor debe optar en firme por una de ellas, procediendo, entonces, la entidad a entregarle una propuesta de acuerdo de novación del préstamo. Tanto la información precontractual simplificada como la pro-

puesta de acuerdo de novación deben ser entregadas gratuitamente por la entidad prestamista adherida al CBP, en soporte duradero por cualquier medio, incluidos los telemáticos y los servicios de banca electrónica de que disponga el deudor hipotecado. En todo caso, el medio utilizado debe permitir acreditar el contenido de los documentos y su entrega al deudor.

Aunque no se indique, considero que la propuesta de acuerdo que ha de entregar la entidad, tras elegir el prestatario la oferta que prefiere constituye una oferta vinculante. Así parece desprenderse del art. 5.3 RD-Ley 19/2022 que solo exige para la perfección del negocio de novación la firma del acuerdo por el prestatario y, en su caso, por los fiadores y avalistas. Solo si la oferta es vinculante para el prestamista, puede perfeccionarse el acuerdo con la sola manifestación de la voluntad del prestatario.

No se exige escritura pública, ya que el art. 5.3 RD-Ley 19/2022 permite que el acuerdo sea firmado por el prestatario y, en su caso, por los fiadores y avalistas “de manera manuscrita, mediante firma electrónica, por el sistema de otorgamiento del consentimiento que tuvieran fijado contractualmente el deudor y el sujeto adherido, o por cualquier otro medio que permita obtener válidamente el consentimiento. En todo caso, el medio empleado deberá dejar constancia del contenido y de la fecha en la que se presta el consentimiento”. Si se pretende su inscripción en el Registro de la Propiedad será necesaria la elevación a escritura pública. A estos efectos, cualquiera de las partes puede compeler a la otra a la formalización en escritura pública de la novación del contrato resultante de la aplicación del CBP de 2022 (art. 4.3 RD-Ley 19/2022).

### 3. CONSECUENCIAS DE LA NOVACIÓN CONSISTENTE EN LA SUSTITUCIÓN DE UN TIPO VARIABLE POR UN TIPO FIJO

La consecuencia principal y evidente de la novación consistente en el cambio de tipo de interés de variable a fijo es que, a partir de la fecha en que surta efecto la novación ya no resultará aplicable el tipo variable inicialmente pactado y se aplicará al préstamo el tipo fijo acordado, lo que supondrá que deberán recalcularse las cuotas a satisfacer. Una vez fijadas permanecerán constantes, de manera que posteriores alzas en el tipo de referencia al que estaba indexado el préstamo con anterioridad, ya no supondrán un alza de las cantidades a pagar mensualmente, facilitando que el prestatario siga siendo solvente.

La novación no supone, salvo que expresamente se hubiera pactado, la extinción del contrato primitivo, sino tan solo su modificación en los términos pactados<sup>35</sup>.

En el caso de los contratos de préstamo hipotecario que reúnen los requisitos objetivos y subjetivos exigidos en el art. 2 LCCI, pero que se hubiesen celebra-

dos con anterioridad a su entrada en vigor, la novación también comporta que todo el contrato quede sometido a lo dispuesto en la LCCI tras la novación<sup>36</sup>, puesto que así se prevé en el apartado segundo de su disposición transitoria primera en el que claramente se indica que: “No obstante, las previsiones de esta Ley resultarán de aplicación a aquellos contratos celebrados con anterioridad si son objeto de novación o de subrogación con posterioridad a su entrada en vigor”. Como excepción, no se aplicarían las reglas sobre vencimiento anticipado previstas en el art. 24 LCCI, si el deudor alega que la previsión contenida en el contrato es más beneficiosa para él, puesto que así lo dispone el apartado cuarto de la disposición transitoria primera de la LCCI.

Algunos autores consideran que tras la novación, la LCCI no resulta aplicable a todo el contrato, sino tan solo a las cláusulas que han sido objeto de concreta modificación por las partes, de tal manera que no es necesario modificar otras cláusulas del contrato que pudieran ser contrarias a lo dispuesto en la LCCI como, por ejemplo, las relativas a los intereses de demora que fuesen contrarias a lo dispuesto en el art. 25 LCCI<sup>37</sup>. En el caso que nos ocupa, y según esta interpretación, la mera sustitución de un tipo variable por un tipo fijo, no supondría la aplicación a todo el contrato de la LCCI. Tan solo la concreta cláusula en la que se establece el tipo fijo quedaría sometida a lo dispuesto en la LCCI. Para sostener su argumentación este sector doctrinal aduce que la segunda proposición del mencionado apartado segundo de la disposición transitoria primera LCCI prevé expresamente que: “En particular, el prestamista deberá informar al prestatario en los términos señalados en el artículo 14 de aquellos contenidos que hayan sido objeto de modificación respecto de lo contratado inicialmente”. De este inciso deduce AGÜERO ORTIZ que: “debe entenderse que solo deberá cumplirse el trámite informativo respecto a la/s cláusula/s objeto de modificación y, lo más importante, sin que sea necesario modificar el resto de cláusulas financieras que no sean objeto de novación modificativa para adaptarlas a la LCCI” y que “solo cuando la cláusula objeto de novación caiga en el ámbito de aplicación de la LCCI deberá ser adaptada a su contenido”<sup>38</sup>. Como argumento añadido, sostiene que en el caso de la modificación consistente en el paso de un tipo variable a fijo, de tener que adaptar todo el contrato a la LCCI, se desincentivarían este tipo de novaciones que el legislador quiere facilitar. Otros autores como SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, también alegan que aplicar la LCCI tan solo a las modificaciones queridas por las partes resulta más justo y coherente con la voluntad de las partes<sup>39</sup>.

No comparto esta interpretación por varias razones. La primera es que, atendiendo al criterio de interpretación literal de las normas, la frase inicial del apartado segundo de la disposición adicional primera es clara y no admite dudas interpretativas, pues prevé: “No obstante, las previsiones de esta Ley resultarán de aplicación a aquellos contratos celebrados con anterioridad si son objeto de

novación o de subrogación con posterioridad a su entrada en vigor”. El precepto dispone que las previsiones (todas) de la LCCI se aplicarán a los “contratos celebrados con anterioridad” y no a las concretas cláusulas modificadas<sup>40</sup>. La frase siguiente relativa a la información que ha de proporcionarse no puede interpretarse desconectada de la frase principal y, por lo tanto, debe considerarse que habrá que cumplir los deberes de información del art. 14 LCCI respecto de todos los elementos del contrato que se vayan a modificar, esto es, de aquellos que se hayan modificado por expresa voluntad de las partes y de los que se hayan debido modificar como consecuencia de la necesaria adaptación del contrato a la LCCI<sup>41</sup>.

A la misma conclusión se llega con apoyo en la tramitación parlamentaria de la norma. El Grupo Parlamentario Esquerra Republicana pretendió la eliminación de esta norma mediante sendas enmiendas presentadas en el Congreso y en el Senado<sup>42</sup>, por considerar que suponía la plena aplicación de la LCCI a los contratos celebrados con carácter previo a su entrada en vigor. Estas enmiendas fueron rechazadas, lo que avala nuestra interpretación favorable a considerar que la novación desencadena la plena aplicación de la LCCI a todo el contrato.

Además, en un interpretación finalista de la norma, la que proponemos es conforme con la finalidad pretendida al prever la no aplicación retroactiva de la LCCI a los contratos que ya se habían celebrado antes de su entrada en vigor y que no fue otra que evitar que las entidades tuvieran que proceder a una modificación en masa de todos los contratos que ya estaban en vigor, por los excesivos costes que ello supondría<sup>43</sup>. En cambio, resulta razonable aprovechar la modificación de un concreto contrato para promover su plena adaptación a la LCCI. Se permite así, una adaptación de parcial y progresiva de contratos, que no resulta gravosa para los prestamistas inmobiliarios profesionales y que es claramente beneficiosa para los prestatarios.

Igualmente, atendiendo al criterio de interpretación más favorable al consumidor, debemos considerar que la LCCI ofrece una mayor protección a los prestatarios y garantes consumidores, por lo que la interpretación que aquí proponemos es conforme con esa finalidad.

Además de considerar que solo existe obligación de adaptar a la LCCI las cláusulas concretas que efectivamente las partes deciden novar, supone que un mismo contrato quedará sometido a dos regímenes jurídicos diversos: la LCCI se aplicará al contenido novado y el resto del contrato seguirá rigiéndose por el régimen jurídico anterior. Esta situación perjudica a las partes y a la seguridad jurídica.

Finalmente, indicar que la novación consistente en la sustitución de un tipo variable por un tipo fijo no supone una modificación del rango de la hipoteca. De conformidad con lo dispuesto en el art. 4.3 de la Ley 2/1994, esta novación

no comporta una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando implique un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria<sup>44</sup>. Si se ampliase la cifra de responsabilidad hipotecaria, el rango solo podría mantenerse con el consentimiento expreso de los titulares inscritos de rango posterior. En el caso de las novaciones al amparo del CBP de 2022, el art. 5.6 RD-Ley 19/2022 prevé expresamente que la hipoteca siempre mantenga su rango tras la novación, puesto que se indica que la inscripción en el Registro de la Propiedad “tendrá plenos efectos frente a los acreedores intermedios inscritos, aunque no se cuente con el consentimiento de estos”. En mi opinión, esta regla solo se aplica si el contenido novado se limita a alguna de las dos opciones de novación que ofrece el artículo tercero del CBP. Si, además, se producen otros cambios en el contrato y estos suponen una ampliación de la cifra de responsabilidad se aplicaría la regla general, siendo necesario el consentimiento de los acreedores intermedios inscritos para mantener el rango de la hipoteca.

#### IV. SUBROGACIÓN FORZOSA DEL ACREEDOR CON CAMBIO EN EL TIPO DE INTERÉS

##### 1. DELIMITACIÓN DEL SUPUESTO Y DE LA REGULACIÓN APLICABLE

Otra vía para alcanzar el objetivo de convertir un préstamo hipotecario a tipo variable en un préstamo a tipo fijo es la subrogación activa del acreedor, sin necesidad de su consentimiento, por acuerdo entre el deudor y el nuevo acreedor acompañada de la sustitución del tipo de interés variable previamente pactado por uno fijo y con comunicación al nuevo acreedor de la garantía hipotecaria y los privilegios de que gozaba el acreedor originario. Esta opción de subrogación por pacto entre el deudor y el acreedor subrogante sin necesidad de consentimiento del acreedor anterior tiene largo arraigo en nuestro Derecho, pues ya se contemplaba en la versión original del art. 1211 de nuestro Código Civil<sup>45</sup>; norma que permite al deudor “la subrogación sin consentimiento del acreedor, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada”. Conforme a este precepto, la subrogación no requiere del consentimiento o aquiescencia del acreedor originario que va a resultar sustituido para producir plenos efectos jurídicos, bastando con el previo cumplimiento de las obligaciones que el deudor tenía frente a él, lo que supone el pago de todas las cantidades pendientes. Conforme al art. 1212 CC, “la subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas”.



Las dificultades para la aplicación del art. 1211 CC justificaron una regulación más detallada y favorable al deudor, mediante la Ley 2/1994 que pergeña un detallado procedimiento para proceder a dicha subrogación<sup>46</sup>. La regulación contenida en esta norma se aplica a la subrogación forzosa del acreedor en contratos de préstamo hipotecario concedidos a cualquier deudor, por un prestamista inmobiliario profesional tal y como es definido por el art. 2 LCCI, cualquiera que sea la fecha en que se formalizó el contrato y aunque no conste en dicho contrato la posibilidad de amortización anticipada (art. 1 Ley 2/1994). En cuanto a su ámbito objetivo, el procedimiento de subrogación previsto en la Ley 2/1994 se aplica a cualesquiera préstamos hipotecarios, sometidos o no a la LCCI, quedando incluidas las denominadas hipotecas inversas<sup>47</sup>. La subrogación al amparo de esta norma se admite incluso si el préstamo ya estuviese vencido<sup>48</sup>. Si deudor y acreedor hubieran celebrado varios contratos de préstamo cuya garantía hipotecaria recayese sobre la misma finca, la subrogación se producirá tan solo en relación con los préstamos o créditos hipotecarios para los que así se haya pactado<sup>49</sup>.

La naturaleza jurídica de esta clase de subrogación siempre ha resultado muy discutida. La doctrina mayoritaria considera que se trata de un supuesto de subrogación por pago y no de una cesión de créditos, por lo que el acreedor anterior no responde de la solvencia del deudor, ni de la legitimidad del crédito<sup>50</sup>. Con el pago íntegro de la deuda al acreedor primitivo, se produce una adquisición derivativa del crédito con todas sus posibles garantías por el nuevo acreedor. Constituye esta institución una excepción legal al principio general de extinción de las obligaciones por pago de su deudor. Pese a que el crédito es pagado por el deudor, gracias al nuevo préstamo que se le ha concedido, dicho crédito subsiste y es transmitido al nuevo acreedor que concede el nuevo préstamo para su pago, junto con la hipoteca que lo garantiza y cualesquiera otras garantías. El crédito del que dispone el nuevo acreedor, tras la subrogación, es el mismo del que gozaba el acreedor originario al que se han satisfecho todas las cantidades que se le adeudaban<sup>51</sup>, si bien cabe introducir modificaciones en las condiciones del tipo de interés y/o en el plazo del préstamo (art. 4.1 Ley 2/1994). Estas tesis se enfrentan a una grave dificultad: explicar la coexistencia entre las acciones y garantías derivadas del crédito en el que se ha subrogado el nuevo acreedor y las derivadas del crédito que este mismo sujeto concedió para satisfacer la deuda con el anterior acreedor. Algunos autores consideran que el nuevo préstamo queda extinguido tras la subrogación, otros que el acreedor debe optar por el ejercicio de unas acciones u otras y otros que las acciones derivadas del segundo crédito concedido permanecen en suspenso<sup>52</sup>. Además, tampoco se consigue explicar satisfactoriamente por qué se exceptiona la regla general de extinción del crédito cuando este es pagado por el propio deudor. Pese a ello, el tenor literal del art. 1212 CC y la propia regulación contenida en la Ley 2/1994 avalan la calificación



de la subrogación como un supuesto de novación subjetiva del contrato acompañada de una novación modificativa de alguna de sus condiciones.

Frente a estas tesis mayoritarias, un sector minoritario sostiene que no existe adquisición derivativa del crédito originario, sino que el pago comporta la extinción del contrato de préstamo primitivo, puesto que es el propio deudor quien paga con el dinero obtenido gracias al nuevo préstamo que se le ha concedido. Solo considerando que el préstamo anterior resulta pagado y completamente amortizado, se entiende que se apliquen las normas sobre amortización anticipada que contiene la LCCI. A estos efectos es irrelevante que sea el nuevo acreedor quien materialmente realice el pago, pues actúa como simple mandatario de su deudor<sup>53</sup>. Para este sector doctrinal, la subrogación solo produce el efecto de comunicar al nuevo préstamo concedido, el rango, las garantías y privilegios que adornaban al crédito primitivo ya extinguido, con los límites que establece la Ley 2/1994<sup>54</sup>. Para estos autores esta subrogación en la garantía hipotecaria constituye una excepción al principio de accesoriedad en materia de garantías, pues se produce un traslado del derecho real de hipoteca (y del resto de garantías que pudieran haberse constituido por aplicación del art. 1212 CC) de un acreedor a otro, de ahí la necesidad de que se anote mediante nota marginal en el Registro el nuevo crédito cubierto por el gravamen a efectos de su oponibilidad a terceros<sup>55</sup>. Los efectos de garantía del derecho real de hipoteca se trasladan a una deuda distinta a aquella para la que fue constituida dicha garantía, pero que nace por relación a esa primera deuda y al objeto de procurar su efectivo cumplimiento. Se cumple así la finalidad de la Ley 2/1994: proteger al tercero prestamista que facilita el pago de un préstamo que ha devenido excesivamente oneroso en atención a los cambios que se han producido en los tipos de interés en el mercado, mediante la concesión al deudor de un nuevo préstamo en mejores condiciones para que pueda saldar su deuda anterior. Por contribuir a esta finalidad, el nuevo acreedor merece el refuerzo de su derecho de crédito, mediante la transmisión de la hipoteca ya inscrita con mantenimiento de su rango<sup>56</sup>. Precisamente para que esa transmisión de las garantías y el mantenimiento del rango hipotecario no resulte injustificada se exige que las condiciones del nuevo préstamo sean las mismas que las del que se paga y extingue, admitiéndose tan solo la modificación de las condiciones del tipo de interés o del plazo del préstamo (art. 4.1 Ley 2/1994). No necesita el nuevo acreedor ser subrogado en el crédito ya satisfecho, puesto que goza de su propio derecho de crédito en virtud del préstamo concedido. Aunque esta tesis resulta muy atractiva y hubiese sido la fórmula jurídica más adecuada para lograr el objetivo de facilitar el cambio de préstamo hipotecario, es muy difícil sostenerla a la vista de la literalidad de la Ley 2/1994 y de los arts. 1211 y 1212 CC en los que con toda claridad se apunta a una subrogación subjetiva activa en el crédito y no solo en las garantías, acompañada de una novación modificativa del contenido del contrato. De *lege ferenda*, sería deseable

una modificación de la Ley 2/1994 que estableciese con claridad la extinción del préstamo inicial y el traslado de las garantías al nuevo préstamo concedido, pues la actual redacción resulta tremendamente confusa.

Otro punto de discusión doctrinal es si la subrogación (alcance solo a las garantías o también al crédito satisfecho) tiene naturaleza legal o convencional. Para algunos autores es un supuesto de subrogación legal por pago, constituyendo un supuesto especial de los previstos en el art. 1210 CC, pues solo cumplidos los requisitos legales y entre ellos el fundamental de proceder al pago íntegro de la deuda al anterior prestamista, la subrogación se impone al acreedor primitivo y al deudor como un efecto que se produce automáticamente por ministerio de la Ley<sup>57</sup>. En cambio, la doctrina mayoritaria estima que es un supuesto subrogación convencional por tener la misma naturaleza que la subrogación prevista en el art. 1211 CC<sup>58</sup>. Incluso hay tesis eclécticas que la calificación de subrogación de carácter mixto: convencional respecto al deudor y al segundo acreedor, pero legal frente al primer acreedor<sup>59</sup>.

Finalmente, indicar que también la LCCI incluye medidas dirigidas a facilitar la subrogación hipotecaria, especialmente, si va acompañada de un cambio de tipo variable a fijo. En principio, las reglas sobre subrogación que contiene la LCCI solo se aplican cuando la subrogación afecta a un contrato de préstamo hipotecario que reúne los requisitos que exige el art. 2 LCCI y siempre que se haya celebrado tras la entrada en vigor de esta norma (Disp. transitoria primera, apartado primero, LCCI) o haya sido objeto de novación o subrogación tras su entrada en vigor (Disp. transitoria primera, apartado segundo, de la LCCI). En cambio, si el contrato de préstamo hipotecario, aun reuniendo los requisitos objetivos y subjetivos para la aplicación de la LCCI, se celebró antes de su entrada en vigor, las únicas normas aplicables son el art. 23.6 LCCI por expresa previsión del apartado tercero de la Disposición transitoria primera de la LCCI, y el artículo 14 LCCI, por indicación del apartado segundo de la citada Disposición transitoria primera; si bien esta norma solo se aplica a los contenidos que hayan sido objeto de modificación respecto del contrato al que afecta la subrogación. A la subrogación del acreedor en un préstamo concertado antes de la entrada en vigor de la LCCI no se le aplican otras disposiciones de la LCCI que puedan afectar al proceso de subrogación, porque la subrogación del acreedor no se incluye en la disposición adicional sexta LCCI que solo prevé la aplicación de la LCCI a los procesos de subrogación del deudor con ocasión de la transmisión del bien hipotecado y a la novación modificativa del préstamo. No obstante, en tanto que para proceder a la subrogación, el nuevo acreedor concede un préstamo, la concesión de este préstamo sí queda sometida a la LCCI si el nuevo préstamo reúne los requisitos subjetivos y objetivos requeridos por el art. 2 LCCI, lo que supone que deberán respetarse las normas sobre transparencia material de la LCCI en la concesión del préstamo que se utilizará para pagar las cantidades adeudadas al anterior acreedor.

## 2. REQUISITOS ESENCIALES DE LA SUBROGACIÓN CON CAMBIO EN LA MODALIDAD DE TIPO DE INTERÉS

El requisito fundamental para que se inicie el proceso de subrogación es el pacto de subrogación entre el deudor y la entidad subrogante, no siendo necesario el consentimiento del prestamista que resulta subrogado (art. 2.1 Ley 2/1994). También será necesario el consentimiento del tercero hipotecante no deudor cuando la subrogación vaya acompañada de cualquier otra modificación en el contrato que suponga un agravamiento o ampliación de la hipoteca. El nuevo acreedor y el deudor pueden, sin necesidad de consentimiento del hipotecante no deudor, pactar en los términos que consideren oportunos las condiciones de su relación obligatoria, pues solo a ellos afecta. Pero, en virtud del principio de relatividad del contrato (cfr. arts. 1.257 y 1.835 CC), tal modificación no puede extenderse a la hipoteca cuando suponga un agravamiento o ampliación de la garantía, en tanto no haya sido consentida por el constituyente de la hipoteca<sup>60</sup>.

Para que la subrogación desencadene los efectos legalmente previstos en la Ley 2/1994 (subrogación en el préstamo hipotecario y reducción de comisiones, honorarios e impuestos) también será imprescindible el pago íntegro de la deuda (capital pendiente, intereses y comisiones devengados y no satisfechos) al acreedor que resulta subrogado<sup>61</sup>. Ese pago será posible gracias a la financiación concedida por el acreedor subrogante, tal y como exigen el art. 2.1 Ley 2/1994 y el art. 1211 CC.

Finalmente, también es necesario que las modificaciones que se introduzcan en las condiciones del préstamo se ajusten estrictamente a alguna de las permitidas en el art. 4.1 de la Ley 2/1994. Entre ellas, se encuentra el cambio en la modalidad de tipo de interés, que es el que aquí nos interesa, pues el citado precepto admite expresamente el cambio en las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente. De incluirse otras modificaciones no sería posible beneficiarse de las ventajas que la Ley 2/1994 prevé para la subrogación hipotecaria<sup>62</sup>. Por ello, si se quieren modificar otros aspectos, es conveniente no incluirlos en la escritura de subrogación, sino proceder a llevar a cabo con posterioridad un segundo negocio de novación.

## 3. PROCEDIMIENTO DE SUBROGACIÓN

### 3.A. *Inicio del proceso de subrogación: oferta vinculante e información precontractual obligatoria*

El proceso de subrogación comenzará con unos tratos preliminares entre el deudor que promueve la subrogación y una entidad de crédito u otro prestamista

con el que quiera obtener unas condiciones más ventajosas que las que le concedió su actual acreedor. Conforme al art. 2 Ley 2/1994, si el nuevo acreedor está interesado en la subrogación debe entregar necesariamente al deudor una oferta vinculante en la que constarán las condiciones financieras que se aplicarán al préstamo hipotecario si la subrogación llega a producirse. Tras la reforma operada en este precepto por el RD-Ley 19/2022, se exige que esta oferta vinculante se acompañe de “un documento informativo sobre los gastos de la subrogación, incluyendo los límites máximos legales de la comisión a percibir por parte de la entidad acreedora. La referida pieza de información deberá observar el régimen de distribución de gastos previsto en el artículo 14.1.e) de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario”. El precepto tal y como está redactado suscita múltiples dudas.

La primera es la relativa al plazo de validez de dicha oferta, pues el art. 2 de la Ley 2/1994 no exige un plazo mínimo. Si el contrato de préstamo está sometido a la LCCI (p. ej. por tratarse de un préstamo con hipoteca que recae sobre una vivienda habitual) parece razonable exigir un plazo mínimo de duración de la oferta de diez días naturales para dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 14.1.a LCCI, puesto que dicho precepto resulta aplicable a la subrogación de cualquier préstamo que reúna los requisitos del art. 2 LCCI, incluso si se celebró antes de la entrada en vigor de dicha norma por exigir el apartado segundo de la Disposición transitoria primera de la propia LCCI la aplicación del art. 14 LCCI a la fase previa a la subrogación. El plazo de diez días es un plazo mínimo que comienza a correr desde la entrega de la FEIN y que puede alargarse si así se prevé en ella. Cuando no resulte aplicable la LCCI (p. ej. préstamo hipotecario concedido a una PYME en el que la garantía no recae sobre una vivienda habitual), es conveniente que en la propia oferta se fije el plazo en el que estará vigente. No parece lógico que la oferta sea vinculante sin límite temporal alguno de forma que no se pueda retirar nunca<sup>63</sup>.

En segundo lugar, tampoco se especifica la forma de esta oferta. Si es de aplicación la LCCI, la oferta habrá de entregarse por escrito, en soporte papel o en otro soporte duradero o en formato electrónico. También se exigirá esta forma en todos los casos en que la entidad que se subroga sea una entidad de crédito y el deudor una persona física por aplicación del art. 11 de la Orden EHA/2899/2011. Incluso cabría sostener que la forma escrita es exigible en cualquier otro supuesto en el que no resulten de aplicación la LCCI o la Orden EHA/2899/2011, pues así se deduce de la propia dicción del art. 2.1 de la Ley 2/1994, al indicar que en la oferta “constarán las condiciones financieras” y que “junto con la oferta, le entregará un documento informativo”. Si en la oferta han de constar ciertas condiciones y esta ha de “entregarse” junto con otra documentación necesariamente deberá formularse por escrito<sup>64</sup>, ya sea en soporte papel, en otro soporte duradero o en forma de documento electrónico.

Si el préstamo reúne los requisitos del art. 2 LCCI, también deberán cumplirse, el resto de requisitos de información precontractual previstos en el art. 14 LCCI, tanto en relación con el deudor, fiador o garante persona física (en los supuestos del art. 2.1.a LCCI) como en relación con los deudores, fiadores o garantes consumidores (en los supuestos del art. 2.1. b LCCI). Estos requisitos son exigibles, porque la subrogación que estudiamos aquí está acompañada de una novación en la modalidad del tipo de interés. El simple cambio del acreedor, en la medida en que no modifique en modo alguno la posición del deudor, ni las obligaciones que ha contraído no exige el cumplimiento de las obligaciones de información previa que impone la LCCI, pues esta norma no resulta aplicable a la mera subrogación activa, dado que la disposición adicional sexta LCCI indica con claridad que esta norma solo se aplica a supuestos de subrogación del deudor y de novación modificativa. En el caso que nos ocupa, el cambio de modalidad de tipo de interés, supone un cambio de condiciones, por lo que el potencial nuevo acreedor debe dar cumplimiento a las obligaciones de información y asesoramiento previstas en el art. 14 LCCI en las mismas condiciones que en una novación modificativa sin cambio de acreedor.

Por lo tanto, deberá entregarse una FEIN con valor de oferta vinculante en la que se informe adecuadamente de los contenidos del contrato que hayan sido objeto de modificación. Aunque el art. 2 de la Ley 2/1994 solo indica que en la oferta deben constar “las condiciones financieras del nuevo préstamo”, en ella también debe hacerse referencia a todas las cláusulas o condiciones que se hayan modificado, bien sea por pacto ente las partes o como fruto de la necesaria adaptación a la LCCI<sup>65</sup>. Así es evidente que deberá cumplimentarse el apartado primero de la FEIN, pues va a cambiar el prestamista y los apartados tercero a sexto al modificarse la clase de tipo de interés aplicable. A estos efectos, deberá respetarse la regla de cálculo de la TAE establecida en la Norma décimo tercera, apartado 7.c de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, en la que se exige que para el cálculo de la nueva TAE se tome también en consideración el importe de la comisión de cancelación o de la compensación por desistimiento del préstamo que hubiera de pagarse como consecuencia de la subrogación<sup>66</sup>. Entre la información a incluir, también por exigencia de esta Circular 5/2012, debe figurar el coste efectivo remanente del préstamo cuya subrogación se pretenda realizar. Con estas informaciones se trata de garantizar que el prestatario pueda comparar fácilmente las condiciones financieras del préstamo antes y después de la subrogación para saber si el coste se verá efectivamente reducido tal y como pretende.

Si el préstamo reúne los requisitos del art. 2 LCCI, además de la FEIN, habrá de entregarse la FIAE, con información sobre la posibilidad de vencimiento anticipado en caso de impago y los gastos derivados de ello y también sobre la distribución de los gastos asociados a la subrogación, aunque esta información también figurará en un documento específico y separado. Al pasar de un tipo variable a otro fijo, no será necesario incluir en la FIAE el resto de informaciones a que se refiere el art. 14.1.b LCCI (p. ej. tipo de interés de referencia). También debe adjuntarse una copia del proyecto de contrato de subrogación con novación del tipo y un documento informativo sobre los gastos de la subrogación, incluyendo los límites máximos legales de la comisión a percibir por parte de la entidad acreedora. Este documento sustituye al exigido por el art. 14.1.e LCCI, pero debe necesariamente respetar las reglas de distribución de gastos previstas en este precepto por exigirlo expresamente el art. 2 Ley 2/1994.

También va a ser necesario que antes del otorgamiento de la escritura de subrogación con novación en la modalidad del tipo, el notario asesore al prestatario y levante el acta notarial de transparencia a la que se refiere el art. 15 LCCI. Para ello y con carácter previo, el acreedor que pretende subrogarse debe haber informado al deudor de su obligación de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario que libremente elija (art. 14.1.g LCCI). En la escritura de subrogación deberá figurar una reseña identificativa de esa acta previa con el número de protocolo, el notario autorizante y la fecha de autorización, junto con la declaración del notario, bajo su responsabilidad de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento exigidos por el art. 15 LCCI.

Cuando al préstamo hipotecario no le resulte aplicable la LCCI, bastará con que el acreedor que pretende la subrogación presente al deudor una oferta vinculante y el documento de gastos de la subrogación que exige el art. 2 Ley 2/1994, incluyendo los límites máximos legales de la comisión que puede percibir la entidad acreedora. Aun cuando el contrato de préstamo no quede sometido a la LCCI, el documento de gastos deberá respetar el régimen de distribución de gastos previsto en el art. 14.1.e LCCI, puesto que así lo dispone el art. 2.1 Ley 2/1994 para todas las operaciones de subrogación a las que resulte aplicable.

Aunque no se exige expresamente en la Ley 2/1994, el prestamista que goce de la condición de entidad de crédito deberá evaluar la solvencia del deudor antes de concederle el crédito con el que se va a saldar la deuda con el anterior acreedor, siempre que este sea persona física por exigirlo el art. 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. La evaluación de solvencia deberá cumplir con las exigencias del art. 11 LCCI, si el préstamo cae dentro del ámbito de aplicación de esta norma.

### 3.B. *Aceptación de la oferta por el deudor y notificación a la entidad acreedora acompañada de una solicitud de certificado de deuda*

La siguiente fase en el proceso de subrogación se inicia con la aceptación de la oferta por el deudor que deberá ser pura y simple y producirse antes de que aquella caduque. Ni la Ley 2/1994, ni la LCCI especifican la forma en que debe producirse la aceptación, pero es conveniente que se realice por un medio que permita a la entidad que se subroga conservar prueba de que tal aceptación se produjo por lo que, como mínimo, deberá producirse por escrito y estar firmada por el deudor<sup>67</sup>. Con la aceptación se perfecciona el nuevo contrato de préstamo con el pacto de subrogación entre el deudor y el nuevo acreedor, si bien su eficacia queda condicionada (condición suspensiva) a que el acreedor anterior no enerve la subrogación<sup>68</sup>.

A partir de ese momento, el acreedor subrogante puede notificar a la entidad que va a ser subrogada el acuerdo que ha alcanzado con el deudor y requerirla para que, en el plazo de siete días naturales, le entregue un certificado con el importe del débito del deudor por el préstamo hipotecario en que se ha de subrogar. El deudor no interviene en esta notificación.

La notificación debe ir dirigida a la entidad que va a resultar subrogada<sup>69</sup>. El art. 2 Ley 2/1994 no establece un plazo para realizar esta notificación, aunque es presumible que el potencial nuevo acreedor la realizará lo antes posible para evitar dilatar el proceso de subrogación. Tampoco se exige ninguna forma específica para esta notificación, por lo que no es necesario que se realice por conducto notarial. No obstante, conviene que quede constancia de su recepción por el todavía acreedor, por lo que como mínimo habrá que exigir al menos un recibí firmado<sup>70</sup> o utilizar cualquier otro sistema que permita acreditar la fecha de su recepción, pues dicha fecha determina el *dies a quo* para el cómputo del plazo de quince días naturales en que el acreedor inicial puede enervar la subrogación. Si no la enerva, la subrogación surte efecto. Por lo tanto, lo más recomendable es que se realice por conducto notarial, al amparo del art. 202 del Reglamento notarial o mediante la remisión de un burofax<sup>71</sup>.

### 3.C. *Opciones de la entidad subrogada tras serle notificado el acuerdo de subrogación*

Tras serle notificado el acuerdo de subrogación a la entidad acreedora inicial, se abren para ella tres opciones: enervar la subrogación mediante una novación del contrato de préstamo, consentir la subrogación y facilitarla entregando el certificado solicitado o permanecer en actitud pasiva. El RD-Ley 19/2022 ha dado nueva redacción al art. 2 de la Ley 2/1994, en lo que afecta a estas opciones, pero



sorprendentemente para volver en este punto a la redacción original que tenían estos párrafos en 1994 cuando se aprobó la Ley.

a) Primera opción: entrega del certificado y enervación de la subrogación

Conocida la voluntad del prestatario de proceder a la subrogación, pues ha aceptado la oferta realizada por el prestamista que pretende subrogarse, el acreedor primitivo puede evitar verse expulsado del contrato mediante una novación del contrato que enerve la subrogación. El párrafo cuarto del art. 2 de la Ley 2/1994 prevé, en su redacción actual, que: “Entregada la certificación, la entidad acreedora tendrá derecho a enervar la subrogación si en el plazo máximo de quince días naturales a contar desde dicha entrega, formaliza con el deudor novación modificativa del préstamo hipotecario”. Este texto coincide exactamente con el que originalmente tenía el precepto. Dicha redacción original había sido modificada en 2007<sup>72</sup>, con el fin de facilitar la enervación que se produciría con la simple comparecencia del acreedor primitivo ante el Notario que había notificado el requerimiento solicitando el certificado de deuda para manifestar, con carácter vinculante, su disposición a formalizar con el deudor una modificación de las condiciones del préstamo que igualasen o mejorasen la oferta vinculante. De esta manifestación se debía dejar constancia en la propia acta de notificación<sup>73</sup>. En consecuencia, la enervación de la subrogación podía producirse, sin duda, por la sola voluntad del acreedor primitivo. Esta regulación fue criticada por algunos autores que consideraban que el cliente quedaba prisionero de su Banco con la sola manifestación de este de su disposición a modificar las condiciones del préstamo igualando o mejorando las de la oferta vinculante, pues tal declaración bastaba para impedir la subrogación<sup>74</sup>.

La redacción de este párrafo volvió a ser modificada en 2019 por la LCCI previéndose, entonces, que “entregada la certificación y durante los quince días naturales siguientes a esa fecha, la entidad acreedora podrá ofrecer al deudor una modificación de las condiciones de su préstamo, en los términos que estime convenientes. Durante ese plazo no podrá formalizarse la subrogación”. Esta redacción suponía que la enervación solo era posible si acreedor y deudor pactaban la novación.

Finalmente y como hemos señalado, el RD-ley 19/2022 ha retomado literalmente y sin cambios la redacción original de la norma. Esto supone que la enervación se configura de nuevo como un derecho del acreedor inicial que puede impedir la subrogación mediante una novación del contrato original; derecho al que la mayoría de la doctrina califica como una suerte de derecho de tanteo<sup>75</sup>. La subrogación activa forzosa en los préstamos hipotecarios tiene como finalidad



que el deudor pueda beneficiarse de unas condiciones de mercado más favorables que las inicialmente pactadas para su hipoteca, pero también debe protegerse el legítimo interés de la entidad acreedora en mantener la titularidad del crédito y para ello se le concede el derecho de enervación. Con la actual redacción, resurgen las dudas que ya suscitó la norma en su versión inicial.

En primer lugar, debe quedar claro que solo es posible el ejercicio del derecho a la enervación, si el acreedor inicial ha entregado la certificación con el importe del débito pendiente de pago. La entrega del certificado de deuda es requisito imprescindible para que el acreedor anterior pueda ejercer su derecho de enervación. El tenor literal del precepto señala de forma clara que “entregada la certificación, la entidad acreedora tendrá derecho a enervar la subrogación”, luego la entrega del certificado se configura como un requisito *sine qua non* para la enervación<sup>76</sup>. Solo si entrega el certificado, comienza a correr el plazo de quince días para formalizar con el deudor una novación modificativa que enerve la subrogación. Transcurrido el plazo de siete días naturales que impone el tercer párrafo del art. 2 de la Ley 2/1994, bastará con que el nuevo acreedor pague lo que se adeuda al anterior, para que la subrogación surta efecto. Si no se conoce la cantidad, puede ser calculada por la entidad que pretende la subrogación y depositada ante el notario que autorice la escritura de subrogación. De esta forma, ya no será posible una novación que enerve la subrogación.

Como segunda cuestión relevante, la redacción actual del precepto, al igual que la original, suscita la duda de si el deudor puede negarse a formalizar la novación que pretende el acreedor original. La DGRN y los Tribunales, con fundamento en la regulación inicial —idéntica a la actual—, se inclinaron por una respuesta negativa a esta cuestión, siempre que las condiciones propuestas para dicha novación fuesen iguales o mejores que las ofertadas por el acreedor que pretendió la subrogación. Así, la DGRN consideró que la enervación se configuraba en el texto original de la Ley 2/1994 como un derecho para el acreedor al que se pretende sustituir permitiéndosele evitar la subrogación “siempre que ello sea en las mismas condiciones económicas que las ofertadas por la entidad que pretenda la subrogación”<sup>77</sup>. También algunas Audiencias provinciales y un sector de la doctrina estimaron que el derecho de enervación no estaba condicionado al consentimiento del deudor, sino que el acreedor original podía imponer la novación garantizando unas condiciones iguales o mejores. En consecuencia, la formalización de la escritura de novación deviene obligatoria para el deudor que no puede negarse a ello, pues entenderlo de otro modo supondría desconocer el derecho a la enervación de la subrogación que el legislador reconoce<sup>78</sup>. Si el deudor se negase a la novación, no podría elevarse a escritura pública la subrogación, ni llegaría a surtir efecto la subrogación, permaneciendo vigente y sin cambios el contrato original. Si llegase a otorgarse la escritura de subrogación

con el nuevo acreedor, el anterior podría instar en los Tribunales la nulidad de la escritura de subrogación y solicitar la cancelación de los asientos registrales a que hubiese dado lugar.

En cambio, al interpretar el mismo texto, otras Audiencias provinciales y otros autores estimaron que no cabía obligar al deudor a formalizar la novación con el primitivo acreedor<sup>79</sup>. Finalmente, el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de noviembre de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:7460) se decantó por considerar que el deudor no podía impedir la novación, siendo suficiente para que quedase enervada con que el antiguo acreedor comunicase de forma fehaciente al deudor, dentro del plazo legalmente fijado, su voluntad de llevar a cabo dicha novación del préstamo en las mismas (o mejores) condiciones ofrecidas por la entidad financiera que había pretendido subrogarse en su posición acreedora<sup>80</sup>.

En mi opinión, hay que diferenciar dos supuestos. En primer lugar, es evidente que la subrogación puede enervarse siempre si, en el plazo de quince días que concede la Ley 2/1994, se formaliza un acuerdo de novación con consentimiento tanto del acreedor anterior como del deudor, incluso aunque las condiciones de la novación sean peores que las del pacto de subrogación. En segundo lugar, solo es posible la enervación de la subrogación por la mera voluntad del antiguo acreedor si las condiciones de dicha novación son iguales o mejores que las ofertadas por el acreedor que intentó la subrogación. Para valorar si las condiciones son iguales o mejores, ha de tomarse en consideración no solo el tipo de interés ofrecido, sino también los gastos que generarán la subrogación o la novación.

Cuando resulte de aplicación la LCCI se plantea otro problema y es que para poder formalizar la novación habrá que cumplir con los requisitos de transparencia precontractual que prevé esta norma, resultando muy difícil alcanzar su cumplimiento antes de que haya transcurrido el breve plazo de quince días naturales desde la entrega de la certificación de deuda en que debe haberse formalizado la novación para enervar la subrogación<sup>81</sup>.

#### b) Segunda opción: entrega del certificado solicitado sin enervación

Si el prestamista que va a ser subrogado entrega el certificado que se le ha pedido, la subrogación surtirá los efectos que le son propios, una vez que haya transcurrido el plazo de quince días naturales para el ejercicio del derecho de enervación, sin que se haya formalizado escritura de novación y siempre y cuando la entidad que se subroga proceda a pagar la cantidad indicada en el certificado. En la escritura que eleve a público el negocio de subrogación, el prestamista que se subroga deberá declarar que ha pagado la cantidad acreditada

por la entidad subrogada en concepto de capital pendiente, intereses y comisiones devengadas y no satisfechas. El art. 2 de la Ley 2/1994 exige, además, que se incorpore a la escritura un resguardo de la operación bancaria realizada con finalidad solutoria. No se requiere que se incorpore el certificado entregado por la entidad subrogada en el que se indicaba la cantidad adeudada<sup>82</sup>, sino solo el resguardo de la operación de pago. No obstante, y aun en ausencia de previsión expresa, algunos autores consideran que debe incluirse la certificación presentada, “puesto que el nuevo acreedor ha de declarar que ha pagado a la antigua entidad acreedora lo que «ésta acredite» y la única forma de acreditarlo es a través de la certificación entregada”<sup>83</sup>. Otros estiman que no es obligatorio, pero sí conveniente o aconsejable, pues así se reduce la posibilidad de errores, al poder contrastar las cantidades indicadas en el certificado con las que constan como pagadas en el resguardo de la operación bancaria<sup>84</sup>.

Como regla general, también debe incorporarse a la escritura la manifestación de que ha transcurrido el plazo de quince días sin que el prestamista anterior haya enervado la subrogación. No se puede otorgar la escritura mientras no transcurra este plazo, pues durante su transcurso el acreedor inicial tiene derecho a enervar la subrogación<sup>85</sup>. Como excepción, es posible otorgar la escritura antes de que haya transcurrido el mencionado plazo, si el acreedor originario ha renunciado al ejercicio de su derecho, ya sea de manera expresa o mediante actos concluyentes como la aceptación del pago de lo que se le adeuda<sup>86</sup>.

- c) Tercera opción: la entidad a la que se pretende subrogar, permanece pasiva y no entrega el certificado solicitado

La solución ante la actitud pasiva de la entidad a la que se pretende subrogar, la aportan los párrafos quinto y sexto del art. 2 de la Ley 2/1994, a los que el RD-Ley 19/2022 ha devuelto la redacción de su texto original.

En este caso, una vez ha transcurrido el plazo de siete días naturales para la entrega del certificado con las cantidades adeudadas, la entidad que desea subrogarse puede proceder a calcular, bajo su responsabilidad y asumiendo las consecuencias de un posible error, que no podrá repercutir al deudor, la cantidad que se adeuda, depositándola en poder del notario autorizante de la escritura de subrogación a disposición de la entidad acreedora. El depósito puede realizarse en metálico o mediante un cheque bancario nominativo, en el que se designe al prestamista que va a ser sustituido<sup>87</sup>. El Notario está obligado a aceptar el depósito<sup>88</sup> y a redactar la correspondiente acta de depósito conforme a lo prevenido en los arts. 216 a 220 del Reglamento notarial.

El notario debe notificar de oficio a la entidad acreedora la constitución del depósito a su disposición, mediante remisión de copia autorizada de la escritura de subrogación, disponiendo aquella de un plazo de ocho días para alegar cualquier error que aprecie. En opinión de la doctrina, el depósito en la Notaría solo se mantendrá hasta que transcurra este plazo de ocho días. Una vez transcurrido sin que se haya alegado error, la cantidad depositada debe devolverse a la entidad que se subroga y si no lo acepta se procederá a su consignación judicial. El párrafo quinto del art. 2 de la Ley 2/1994 indica que el error debe alegarse en la misma forma en que se produjo la notificación, lo que ha sido interpretado por un sector de la doctrina en el sentido de considerar que debe alegarse mediante personación en la Notaría<sup>89</sup>. Otros autores estiman, en cambio, que debe hacerse por conducto notarial, bien sea por diligencia a continuación de la escritura de subrogación o mediante un acta independiente<sup>90</sup>.

En este caso, y sin perjuicio de que la subrogación surta todos sus efectos, el juez que fuese competente para conocer del procedimiento de ejecución, a petición de la entidad acreedora o de la entidad subrogada, citará a éstas, dentro del término de ocho días, a una comparecencia. Después de oír las, admitirá los documentos que se presenten y acordará, dentro de los tres días siguientes, lo que estime procedente. El auto que dicte será apelable en un solo efecto, debiendo sustanciarse el recurso por los trámites de apelación de los incidentes.

### *3.D. Elevación a escritura pública y constancia registral de la subrogación*

La concesión del préstamo para saldar la deuda previa y el negocio de subrogación entre el deudor y la nueva entidad acreedora se pueden elevar a público en una única escritura, sin que sea necesaria la comparecencia del acreedor anterior.

A la escritura debe incorporarse el resguardo de pago al acreedor anterior. No es necesario que se incorpore el certificado del importe del débito, ni el justificante de su entrega, pero si no se incorporan el Notario deberá manifestar que se le han exhibido<sup>91</sup>.

Para que la subrogación surta efecto frente a terceros, será necesario que se haga contar en el Registro de la propiedad por medio de una nota marginal<sup>92</sup> en la que se harán constar:

- 1.<sup>a</sup> La persona jurídica subrogada en los derechos del acreedor.
- 2.<sup>a</sup> Las nuevas condiciones pactadas del tipo de interés, del plazo, o de ambos.
- 3.<sup>a</sup> La escritura que se anote, su fecha, y el notario que la autorice.
- 4.<sup>a</sup> La fecha de presentación de la escritura en el Registro y la de la nota marginal.

- 5.<sup>a</sup> La firma del registrador, que implicará la conformidad de la nota con la copia de la escritura de donde se hubiere tomado.

El Registrador solo puede calificar las cláusulas que resulten modificadas con la subrogación, pero no las que permanezcan inalteradas.

#### 4. EFECTOS DE LA SUBROGACIÓN CON NOVACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS

##### 4.A. *Subrogación del nuevo acreedor en el préstamo con subsistencia de las garantías preexistentes*

Culminada la subrogación se produce una adquisición derivativa del crédito con todas sus posibles garantías por el nuevo acreedor. El crédito subsiste y es transmitido al nuevo acreedor que ha satisfecho la deuda al anterior, junto con la hipoteca que lo garantiza y cualesquiera otras garantías que lo adornasen. El crédito del que dispone el nuevo acreedor, tras la subrogación, es el mismo del que gozaba el acreedor originario al que se han satisfecho todas las cantidades que se le adeudaban<sup>93</sup>. En el supuesto que analizamos en este trabajo tan solo habrán cambiado las condiciones del tipo de interés. Tras la subrogación se produce una sustitución del acreedor en el contrato de préstamo que permanece vigente con todos sus derechos anexos, privilegios y garantías. Se mantiene así, preferencia crediticia que otorga la garantía hipotecaria anudada al crédito en el que se subroga.

##### 4.B. *Aplicación íntegra de la LCCI en caso de subrogación en contratos dentro de su ámbito de aplicación objetivo y subjetivo, pero celebrados originariamente antes de su entrada en vigor.*

Como ya hemos explicado en relación con la novación, la disposición transitoria primera de la LCCI, prevé en su apartado segundo que las disposiciones de la LCCI se apliquen a los contratos celebrados con anterioridad a su entrada en vigor si son objeto de novación o subrogación con posterioridad a su entrada en vigor. La misma argumentación sostenida en relación con la novación es aplicable a la subrogación acompañada de la novación del tipo de interés. Por lo tanto, el texto del nuevo contrato no solo debe incluir la modificación de la modalidad del tipo de interés pretendida, sino otras imprescindibles para adaptar su contenido a lo dispuesto en los arts. 24 y 25 LCCI, en materia de intereses de demora o vencimiento anticipado. Si no se modifican las cláusulas que así lo requieran (p. ej. no se eliminan las cláusulas suelo), se considerarán nulas por ilegales<sup>94</sup>.

#### *4.C. Mantenimiento del rango de la hipoteca*

Tras la subrogación la hipoteca mantiene su rango. La entidad que se ha subrogado conserva la posición de la anterior entidad acreedora, salvo que la subrogación haya ido acompañada de cambios que comporten un aumento de la cifra de responsabilidad, pues en tal caso se pierde el rango para lo novado<sup>95</sup>. En principio, la modificación de la modalidad de tipo de interés no plantea problemas a este respecto, pues, como regla general, va a suponer una minoración de la deuda. Aunque del tenor literal del art. 4 Ley 2/1994 parece que son admisibles subrogaciones acompañadas de cualquier modificación de las condiciones del tipo de interés, pactado o vigente, lo que supone que se admiten tanto las que supongan reducción de la deuda como las que la aumenten, en la práctica es altamente improbable que el deudor pacte una subrogación que le suponga un mayor coste. Por eso, en tanto que la subrogación comporte una minoración de la deuda, no se ven afectados los intereses de aquellos terceros que ostenten algún derecho sobre el inmueble hipotecado y, en particular, de quienes son titulares registrales de cargas que son posteriores a la hipoteca objeto de subrogación<sup>96</sup>.

#### *4.D. Reintegro a la entidad subrogada de la parte proporcional de los gastos que satisfizo*

Cuando la subrogación se produce en un contrato de crédito o préstamo hipotecario sometido a la LCCI, el prestamista subrogante debe abonar al que resulta subrogado una parte proporcional de los gastos e impuesto que satisfizo en el momento de la constitución del préstamo (art. 14.e.2.º párr. LCCI). Para calcular el importe que corresponde como compensación, se aplicarán las siguientes reglas previstas en el propio art. 14.e LCCI:

- i) En el caso del impuesto pagado por la cuota de actos jurídicos documentados, documentos notariales, se deberá efectuar la liquidación del impuesto que correspondería a una base imponible integrada por la cantidad total garantizada entendiéndose por tal la constituida por el importe del préstamo pendiente de amortización en la fecha de la subrogación y los correspondientes intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento y otros conceptos análogos, que se hubieran establecido. La entidad subrogante deberá reintegrar a la subrogada el importe resultante de dicha liquidación.
- ii) En el caso del resto de gastos, se deberá prorratear la liquidación de dichos gastos entre la suma del importe del préstamo y los correspondientes intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento y otros conceptos análogos, que se hubieran establecido. La entidad subrogante

deberá reintegrar a la subrogada la parte de dicha suma que corresponda al préstamo pendiente de amortización.

*4.E. Conservación y facilitación de la documentación precontractual previa a la subrogación*

Si el préstamo o crédito hipotecario está sometido a la LCCI, el prestamista subrogado debe seguir conservando la documentación precontractual durante el plazo de seis años que fija la Disposición adicional cuarta de la LCCI. Si con posterioridad así se le requiriese, estará obligado a facilitar una copia de dicha documentación al prestamista que se ha subrogado en el caso que le fuera requerida por éste y a su costa. Tanto el prestamista inicial como el prestamista que se subroga estarán obligados a facilitar dicha documentación al prestatario, si es reclamada por éste, por lo que ambos deberán conservarla.

V. REDUCCIÓN DE LOS COSTES DE LA NOVACIÓN O LA SUBROGACIÓN POR EL RD-LEY 19/2022

1. LA REDUCCIÓN DE COSTES COMO ESTÍMULO AL CAMBIO EN LA MODALIDAD DE TIPO DE INTERÉS

El pago de comisiones, impuestos y honorarios registrales y notariales puede hacer inviable económicamente una operación de novación o subrogación con cambio de la modalidad de tipo de interés, cuando todos estos costes resulten más elevados que la potencial rebaja que se obtendría con el paso de un tipo variable a un tipo fijo. De ahí que ya la Ley 2/1994 concediese beneficios fiscales a estas operaciones y estableciese límites para el cálculo de los honorarios notariales y registrales. Posteriormente, los arts. 7 a 9 de la Ley 41/2007 introdujeron nuevos incentivos en forma de eliminación o límites a las posibles compensaciones a percibir en caso de subrogación, si bien tales incentivos se limitaron a los préstamos o créditos hipotecarios en que el prestatario fuese una persona física y la hipoteca recayese sobre una vivienda y a aquellos en los que el prestatario fuese una persona jurídica que tributase por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión en el Impuesto sobre Sociedades. También, la LCCI, ya en el texto original de su art. 23.6, limitó las comisiones que podían exigirse en supuestos de novación o de subrogación que comportasen la sustitución de un tipo variable por uno fijo. Posteriormente, el RD-ley 19/2022 introdujo nuevas normas y modificó las existentes con la finalidad de reducir aún más los costes de la novación o subrogación con conversión de un tipo variable en un tipo fijo. Finalmente, el

ámbito de aplicación de estas reducciones y exenciones y su extensión temporal han sido ampliadas tras la reforma operada por el RD-Ley 8/2023 en la LCCI y el RD-Ley 19/2022.

El resultado final de estas reformas sucesivas es un conjunto de normas dirigidas a reducir los costes del cambio de tipo de interés cuyo ámbito de aplicación es difícil de determinar. En los siguientes apartados se sintetizarán y explicarán los diferentes incentivos.

## 2. LÍMITES A LAS POSIBLES COMISIONES

### 2.A. Límites a la comisión por reembolso en supuestos de subrogación

La subrogación del acreedor con cambio de tipo de interés comporta el reembolso de la deuda pendiente al acreedor original, pudiendo haberse previsto en el contrato el pago de una comisión caso de producirse dicho reembolso. No cabría hablar aquí propiamente de amortización anticipada, pues como hemos explicado el crédito no se extingue, produciéndose tan solo un cambio de acreedor.

Cuando se trate de un préstamo o crédito sometido a la LCCI y la subrogación vaya acompañada de un cambio que suponga “la aplicación durante el resto de vigencia del contrato de un tipo de interés fijo o con un primer período fijo de, al menos, 3 años, en sustitución de otro variable”, el art. 23.6 LCCI impone una reducción considerable del límite aplicable a la comisión por reembolso anticipado, puesto que la compensación exigida no podrá superar la pérdida financiera que pudiera sufrir el prestamista, con el límite, en todo caso, del 0,05% del capital reembolsado anticipadamente, si la subrogación se produce durante los tres primeros años de vigencia del contrato de préstamo. Pasados esos tres primeros años, no podrá cobrarse compensación o comisión alguna. Esta regla se aplicará incluso si el contrato original se hubiese celebrado antes de la entrada en vigor de la LCCI, por disponerlo así el apartado tercero de la disposición transitoria primera de la LCCI. Debe resaltarse que la reducción solo se aplica cuando el tipo de interés fijo o el tipo mixto, con un fijo de al menos tres años, que va a sustituir al variable sea de aplicación “durante el resto de vigencia del contrato”. A la vista de esta redacción se plantea la duda sobre qué sucederá si, posteriormente, se modifica de nuevo el tipo de interés, ¿podría, entonces, el acreedor inicial reclamar una cuantía superior en concepto de comisión?

Estos límites se deben aplicar también a posibles comisiones por subrogación. En algunos condicionados generales de préstamo hipotecario se observa cómo se prevé una comisión por subrogación separada y distinta de la comisión por cancelación anticipada. Considero que los límites previstos para la comisión por la cancelación anticipada deben aplicarse a la comisión por subrogación. No



cabe admitir el cobro de una comisión por subrogación separada y distinta de la comisión por cancelación anticipada.

Si se trata de un préstamo al que no cabe aplicar la LCCI (p. ej. un préstamo hipotecario concedido a una sociedad en el ejercicio de su actividad mercantil) también se prevé una reducción de las comisiones por reembolso anticipado, por aplicación de normas diversas en atención al momento en que se celebró el contrato. Así, si el contrato se celebró antes del 27 de abril de 2003, la comisión a satisfacer por cancelación anticipada debe ser la pactada, sin que pueda superar el 1% del capital pendiente de amortización por aplicación del art. 3 de la Ley 2/1994. No obstante, si la entidad acreedora demuestra la existencia de un daño económico que no implique la sola pérdida de ganancias, producido de forma directa como consecuencia de la amortización anticipada, podrá reclamar la indemnización correspondiente a ese daño que se le ha causado (art. 3.3.<sup>a</sup> Ley 2/1994). Si el contrato se celebró entre el 27 de abril de 2003 y el 9 de diciembre de 2007, resultará de aplicación la Disposición adicional única de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica<sup>97</sup> que reduce la comisión máxima a percibir por amortización anticipada en caso de subrogación a un 0,5 por ciento sobre el capital pendiente de amortización, manteniendo intacta la posibilidad de reclamación de otros daños. Finalmente, si el contrato de préstamo hipotecario no sometido a la LCCI se celebró después del 9 de diciembre de 2007, se aplicarán los arts. 7 a 9 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero. Estas normas solo se aplican hoy a préstamos hipotecarios en que el prestatario sea una persona jurídica que tribute por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión en el Impuesto sobre Sociedades, pues si el prestatario es una persona física y la hipoteca recae sobre su vivienda se le aplicará lo dispuesto en el art. 23.6 LCCI, por expresa disposición del apartado segundo de la disposición transitoria primera LCCI. Conforme el art. 7 de la Ley 41/2007, se prevé que no podrá cobrarse comisión por amortización anticipada total o parcial. No obstante, el art. 8 de esta misma Ley permite el cobro de comisiones por “desistimiento” en caso de cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias, totales o parciales, de los créditos o préstamos previamente concedidos que juegan un papel similar al de la comisión por amortización anticipada. Esta comisión se limita al 0,5 por ciento del capital amortizado anticipadamente cuando la amortización anticipada se produzca dentro de los cinco primeros años de vida del crédito o préstamo y al 0,25 por ciento del capital amortizado anticipadamente cuando la amortización anticipada se produzca en un momento posterior. Además, el art. 9 de esta Ley 41/2007 permite el cobro de una compensación por riesgo de tipo de interés.

## *2.B. Límites a posibles comisiones por novación*

En caso de novación no es posible el cobro de comisiones por amortización anticipada o reembolso, porque la simple sustitución de un tipo variable por uno fijo o mixto no comporta reembolso ni amortización, pero sí es posible que el acreedor exija el pago de una comisión específica por la novación. Así, el propio art. 23.6 LCCI recuerda que no es posible el cobro de una comisión por amortización, en caso de novación, si esta no va acompañada de amortización anticipada de parte del capital.

En cambio, sí será posible el cobro de una comisión específica por novación si está prevista en el contrato original, debiendo informarse sobre dicha comisión en el documento resumen de costes y gastos que debe entregarse junto con la información precontractual antes de la novación<sup>98</sup>. En la práctica es frecuente que los condicionados generales de los contratos de préstamo hipotecario contemplen el pago de comisiones para supuestos de futura novación del contrato. Algunos autores sostienen que incluso es posible el cobro de una comisión por novación que no esté pactada en el contrato que va a ser novado, puesto que las partes pueden pactarla como parte de su acuerdo de novación<sup>99</sup>.

Cuando se trata de préstamos o créditos hipotecarios a los que resulte de aplicación la LCCI, la posibilidad de cobro de una comisión por novación viene limitada temporalmente por lo dispuesto en el art. 23.6 LCCI, precepto que dispone que: “Transcurridos los tres primeros años de vigencia del contrato de préstamo el prestamista no podrá exigir compensación o comisión alguna en caso de novación del tipo de interés aplicable o de subrogación de acreedor en los que se pacte la aplicación, en adelante y para el resto de la vida del préstamo, de un tipo de interés fijo o con un primer período fijo de, al menos, 3 años”<sup>100</sup>. En mi opinión, este límite se aplica incluso a supuestos de novación de contratos de crédito inmobiliario que reúnan los requisitos objetivos y subjetivos para la aplicación de la LCCI, pero que hayan sido celebrados antes de su entrada en vigor, pues lo dispuesto en esta norma se aplica a la novación modificativa del contrato de préstamo en virtud de la Disposición adicional sexta de la LCCI. En todo caso, estimo que hubiese sido conveniente limitar legalmente el importe máximo de la comisión a satisfacer en caso de novación realizada durante esos tres primeros años de duración del contrato. A este respecto, debe tenerse en cuenta que el límite del 0,05% que prevé el art. 23.6 LCCI para la subrogación no se puede aplicar a la novación, puesto que la novación no comporta por sí sola reembolso de capital alguno. En los casos en que la novación se acompañe de reembolso de parte del capital, cabrá aplicar el límite del 0,05% del capital amortizado, previsto en el art. 23.6 LCCI, pero tal límite no es aplicable a una novación que solo consista en la sustitución de un tipo variable por uno fijo o uno mixto.

*2.C. La prohibición temporal de cobro de cualesquiera comisiones en supuestos de conversión de préstamos de tipo variable a fijo o a tipo mixto con un periodo fijo de, al menos, tres años.*

De manera excepcional, el RD-Ley 19/2022 prevé, en su disposición adicional primera que desde su entrada en vigor, el 24 de noviembre de 2022, y hasta el 31 de diciembre de 2024<sup>101</sup>, “no se devengarán compensaciones o comisiones por reembolso o amortización anticipada total y parcial de los préstamos y créditos hipotecarios a tipo de interés variable previsto para los supuestos de hecho contemplados en los apartados 5 y 6 del artículo 23 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. No se devengará durante este período ningún tipo de comisiones por la conversión de tipo variable a tipo fijo o con un primer período fijo de, al menos, 3 años de dichos préstamos y créditos”. Esta norma implica la imposibilidad de cobro de cualquier comisión por amortización o reembolso, por novación o por cualquier otro concepto vinculado a la conversión de un tipo fijo en variable. Se aplica no solo a las novaciones realizadas al amparo del CBP de 2022 por deudores en situación de vulnerabilidad, sino a cualesquiera novaciones de créditos o préstamos a los que resultase de aplicación la LCCI. Si la novación se acompaña de la amortización o reembolso de parte de lo debido, tampoco podrá cobrarse comisión alguna por este concepto. Esta norma, a diferencia del art. 23.6 LCCI se aplica con independencia de la fecha en que se haya perfeccionado el contrato de préstamo y, por lo tanto, también a préstamos novados en los tres primeros años de duración.

3. EXENCIÓN DEL PAGO DEL IMPUESTO DE ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

Otra medida dirigida a facilitar la subrogación hipotecaria es la exención del Impuesto de actos jurídicos documentados aplicada a las escrituras que documenten una subrogación hipotecaria a la que resulte de aplicación la Ley 2/1994, por expresa previsión del art. 7 de dicha Ley.

El art. 9 de la Ley 2/1994 también exime del pago del Impuesto de actos jurídicos documentados a las escrituras públicas de novación modificativa de préstamos hipotecarios pactados de común acuerdo entre acreedor y deudor, siempre que el acreedor sea una de las entidades a que se refiere el art. 1 de la Ley (prestamista inmobiliario profesional conforme a la LCCI) y la modificación se refiera a las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente, a la alteración del plazo vigente o ambas. En consecuencia, la escritura que documenta una novación consistente en el cambio de un tipo variable a fijo está exenta. A diferencia de las versiones anteriores del precepto, el texto actual no exige que la modificación suponga una mejora en las condiciones del tipo de interés, por lo

que cualquier modificación se beneficiará de esta exención tributaria que se aplica siempre que la escritura contenga alguna de las modificaciones previstas en el art. 9 de la Ley 2/1994. Si se han incluido, además, otras modificaciones diferentes y son inscribibles en el registro de la Propiedad, la exención del Impuesto de actos jurídicos documentados no les alcanza, debiendo determinarse la base imponible en atención al concreto contenido económico de esas otras cláusulas modificativas añadidas<sup>102</sup>.

Esta exención se reitera en relación con novaciones al amparo del CBP 2022 en el número 23 del artículo 45.I.B) del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, según quedó redactado por el art. 9 del RD-ley 19/2022. El precepto declara exentas de la cuota gradual de documentos notariales en la modalidad de actos jurídicos documentados, a las escrituras de formalización de las novaciones contractuales de préstamos y créditos hipotecarios que se produzcan al amparo del CBP de 2022. La norma viene a reconocer para un supuesto concreto, lo que ya reconocía con carácter general el art. 9 de la Ley 2/1994.

#### 4. REDUCCIÓN DE LOS HONORARIOS NOTARIALES Y REGISTRALES

El art. 8 de la Ley 2/1994 también contempla una sustancial reducción de los honorarios a percibir por los Notarios y Registradores de la propiedad que intervengan en la elevación a público o inscripción de las escrituras de novación o subrogación. En concreto prevé que para el cálculo de los honorarios notariales de las escrituras de subrogación y novación modificativa de créditos o préstamos hipotecarios, se apliquen los aranceles correspondientes a los «Documentos sin cuantía» previstos en el número 1 del RD 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Notarios, lo que supone el cobro de tan solo 30, 05 €. Para el cálculo de los honorarios registrales, se aplicarán los aranceles correspondientes al número 2, «Inscripciones», del anexo I del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Registradores de la Propiedad, tomando como base la cifra del capital pendiente de amortizar, con una reducción del 90 por ciento.

Esta disposición también es aplicable a los préstamos hipotecarios (no a otros créditos inmobiliarios) sometidos a la LCCI cuando sean objeto de la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor o de una novación modificativa en las que se sustituya un tipo de interés variable por uno fijo, con o sin bonificaciones, por expresa remisión de la Disposición adicional novena de la LCCI a la Ley 2/1994. La mala redacción de la norma suscita la duda sobre si la

remisión se refiere tan solo a los honorarios notariales, únicos mencionados en el texto de la disposición, o también a los honorarios registrales que se mencionan en el título de la disposición. En mi opinión, lo dispuesto en el art. 8 de la Ley 2/1994 sobre honorarios registrales debe aplicarse a la novación o subrogación del acreedor en un préstamo hipotecario, siempre que comporte conversión de un tipo variable en un tipo fijo, porque la LCCI no contiene ninguna disposición sobre los honorarios registrales, resultando de aplicación, en todo caso, lo dispuesto en el art. 8 de la Ley 2/1994. Aun cuando se entienda que no hay remisión al art. 8 de la Ley 2/1994, este precepto es de aplicación directa a la subrogación o novación de préstamos hipotecarios que conlleven una modificación en la modalidad de tipo de interés<sup>103</sup>.

Finalmente, el art. 4.4 del RD-Ley 19/2022 reduce aún más los ya magros aranceles de notarios y registradores aplicables a las novaciones hipotecarias, cuando estas se realicen acogidas al CBP de 2022. Así, se prevé que el arancel de 30, 05 euros previsto en el apartado 1.1.f del Anexo del RD 1426/1989, se reduzca en un 75%, sin que se devengue cantidad alguna a partir del quinto folio de matriz y de copia, sea copia autorizada o copia simple. Además, se establece un arancel mínimo de 10 € y otro máximo de 30 € por todos los conceptos. En todo caso, y dado que la cantidad máxima a satisfacer con carácter general era, antes de la promulgación del CBP, de tan solo 30, 05 euros tampoco puede considerarse que sea especialmente relevante la reducción del arancel notarial. En el caso de los aranceles registrales, este mismo precepto prevé una reducción similar, puesto que establece que, por la práctica de la inscripción, se aplicará el arancel previsto para las novaciones modificativas en artículo 2.1.g) del anexo I del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores. Al resultado se le aplicará una bonificación del 75 por ciento. El arancel mínimo previsto será de 10 euros y el máximo de 20 euros por todos los conceptos.

## VI. CONCLUSIONES. UNA REFORMA QUE LLEGA TARDE Y UN MARCO NORMATIVO DE DIFÍCIL APLICACIÓN

Los primeros datos disponibles sobre el impacto de la nueva regulación muestran un incremento en la renegociación de préstamos hipotecarios, seguramente favorecido por el nuevo marco legal<sup>104</sup>. No obstante, la reforma llegó muy tarde, cuando los tipos de interés eran ya elevados y las entidades de crédito ya no ofrecían tipos fijos atractivos. Los prestatarios mejor informados ya habían iniciado procesos de renegociación y novación en 2020 y 2021 como demuestran las estadísticas del Banco de España.

Además, considero que la reforma se ha realizado atendiendo a la coyuntura existente en 2022 en que resultaba más favorable para los deudores un tipo fijo que uno variable en un contexto de alzas continuadas de los tipos de interés. Sin embargo, es previsible que, a medio plazo, los tipos de interés vuelvan a bajar, lo que hará de nuevo más atractivos los préstamos a tipo variable. De ahí que el legislador debió limitarse a facilitar y simplificar los procesos de novación y subrogación con cambio de tipo de interés, sin exigir que el cambio consista necesariamente en la transformación de un tipo variable en fijo. Son admisibles incentivos temporales en forma de reducción de comisiones o impuestos para este concreto cambio, pero la regulación sustantiva debe estar pensada para cualesquiera cambios, procediendo a eliminar los requisitos innecesarios, pero garantizando, en todo caso, la transparencia de estas operaciones. Los procesos de subrogación con cambio de tipo de interés deberían simplificarse, pues no solo benefician a los prestatarios, sino que introducen más competencia en el mercado. Sin embargo, la complejidad de su tramitación y los costes asociados dificultan un mercado de subrogaciones más activo.

En conjunto y como valoración final, considero que el marco legal vigente de la novación y la subrogación es excesivamente complejo y disperso. La LCCI debiera incluir una regulación de la novación y la subrogación de los créditos inmobiliarios dentro de su ámbito de aplicación para evitar los problemas de descoordinación que genera el hecho de que se regulen en la Ley 2/1994 que tiene un ámbito de aplicación subjetivo mucho más amplio, pero objetivamente limitado a los préstamos o créditos hipotecarios. Por otro lado, la Ley 2/1994 debería aplicarse tan solo a créditos o préstamos hipotecarios a los que no se aplica la LCCI, debiendo incluir en ella una regulación clara de la novación.

## VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

### 1) Sentencias del Tribunal Supremo

- STS, Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:7460)
- STS, Sala de lo Contencioso, de 13 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:748)
- STS, Sala de lo Contencioso, de 4 de marzo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:752)
- STS, Sala de lo Contencioso, de 19 de mayo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:965)
- STS, Sala de lo Contencioso, de 23 de julio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2723)

### 2) Sentencias de Audiencias provinciales

- SAP Zaragoza 773/1997, de 12 de diciembre (ECLI:ES:APZ:1997:450).
- SAP Madrid 762/2004, de 10 de diciembre (ECLI:ES:APM:2004:15792)

**3) Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General de Seguridad jurídica y fe pública**

- Resolución, de 19 de julio de 1995, de Dirección General de los Registros y del Notariado en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Villalpando contra la negativa del Registrador de la propiedad de dicha localidad a inscribir una escritura de subrogación hipotecaria (BOE 18/08/1995).
- Resolución de 20 de julio de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Villalpando, don Francisco Javier Oñate Cuadros, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de dicha localidad a inscribir una escritura de subrogación hipotecaria, en virtud de apelación del recurrente (BOE 18/08/1995).
- Resolución 21 de julio de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Villalpando, don Francisco Javier Oñate Cuadros, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de dicha localidad, a inscribir una escritura de subrogación hipotecaria, en virtud de apelación del recurrente (BOE 18/08/1995).
- Resolución de 7 de junio de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid, don Juan Romero Girón Deleito, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Madrid, número 33, don Ramón Sánchez de Frutos, a inscribir una escritura de novación de préstamo hipotecario, en virtud de apelación del señor Registrador (BOE 13/07/2001).
- Resolución de 18 de junio de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por la Caja de Ahorros de Asturias, frente a la negativa del Registrador de la propiedad número 1 de Oviedo, don Manuel Figueiras Dacal, a inscribir una escritura de subrogación de hipoteca en virtud de apelación del recurrente (BOE 24/07/2001)
- Resolución de 17 de julio de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Jesús María Alcalde Barrio, en nombre y representación de la Caja de Ahorros de Asturias, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad de Oviedo número 5, don José María Cadenaba Coya, a inscribir una subrogación de hipoteca en virtud de apelación del recurrente (BOE 21/08/2001)
- Resolución de 23 de septiembre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por la notaria de Ciudad Real doña María Luisa García de Blas Valentín Fernández, contra



la negativa de la registradora de la propiedad n.º 2 de dicha localidad, a inscribir una escritura de subrogación de préstamo hipotecario (BOE 02/11/2009).

- Resolución de 24 de septiembre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por don Rafael Bonardell Lenzano, notario de Madrid, contra la negativa del registrador de la propiedad n.º 1 de Colmenar Viejo, a inscribir una escritura de subrogación de préstamo hipotecario (BOE 02/11/2009).
- Resolución de 19 de julio de 2012, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el Registrador de la propiedad accidental de Fuengirola n.º 1, por la que se deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de documento privado junto con otra de novación modificativa de préstamo hipotecario (BOE 03/10/2012).
- Resolución de 28 de enero de 2020, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Madrid n.º 17, por la que se suspende la inscripción de una escritura de novación de préstamo con garantía hipotecaria (BOE 18/06/2020).
- Resolución de 11 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación emitida por la registradora de la propiedad n.º 11 de Madrid en una escritura de subrogación activa de hipoteca, por razón de no constar incorporada la certificación de deuda emitida por el banco (BOE 28/12/2020).
- Resolución de 28 de octubre de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Palafrugell a inscribir una escritura de novación de un préstamo con garantía hipotecaria (BOE 23/11/2021)
- Resolución de 13 de septiembre de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Sevilla n.º 12, por la que se suspende la inscripción de una escritura de subrogación de acreedor y modificación de préstamo hipotecario (BOE 21/10/2022).
- Resolución de 27 de junio de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Bilbao n.º 3, por la que se suspende la inscripción de una escritura de novación de préstamo con garantía hipotecaria (BOE 14/07/2023)
- Resolución de 30 de enero de 2024, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de



la registradora de la propiedad de La Rinconada a inscribir una escritura de novación de préstamo con garantía hipotecaria (BOE 08/03/2024)

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ADÁN GARCÍA, M.<sup>a</sup> E. (2002). El hipotecante no deudor en el ámbito de la Ley 2/94, de 30 de marzo, de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios. *Lunes 4*, 30, número 318, pp. 17 y ss.
- AGÜERO ORTIZ, A. (2019). Ámbito de aplicación objetivo y subjetivo. En: Á. Carrasco Perera, (dir.) *Comentarios a la Ley de crédito inmobiliario*, Aranzadi, Cizur Menor (consulta en línea en base de datos Proview).
- ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S. (2011). *Derecho civil*, Madrid: Edisofer.
- ALBIEZ DORHMANN, K. J. (2019). La aplicación en el tiempo de la Ley de contratos de crédito inmobiliario y de otras normas. *Diario La Ley*, n.º 9439, Junio (consulta on line en la base de datos Smarteca).
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2020). Ámbito personal y material de los contratos de crédito inmobiliario. En: K.J. Albiez Dohrmann y M.<sup>a</sup> L. Moreno-Torres Herrera (coords), *Los contratos de préstamo inmobiliario*, Barcelona: Bosch, pp. 72 a 94.
- ALBIEZ DOHRMANN, K.J. y MORENO-TORRES HERRERA, M.<sup>a</sup> L. (coords.) (2021). *Los contratos de préstamo inmobiliario: actualizado a los RD-ley para la protección de deudores en situación de vulnerabilidad*, Madrid: Wolters Kluwer.
- ALONSO PÉREZ, M.<sup>a</sup> T. (2015). El código de buenas prácticas de reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual. Naturaleza jurídica y su análisis como supuesto específico de sobreendeudamiento de particulares. *Revista de Derecho civil*, vol. II.2
- CALATAYUD SIERRA, A. (1994). El procedimiento de subrogación hipotecaria en la Ley 2/1994. *Revista jurídica del Notariado*, n.º 10, pp. 9 y ss.
- CAÑIZARES LASO, A. (1996). *El pago con subrogación*, Madrid: Civitas
- CAPILLA RONCERO, F. (1995). Voz subrogación. En: *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. IV, Madrid, pp. 6383 y ss.
- CASTELLANOS CÁMARA, S. (2020), *Recargas y novaciones hipotecarias*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
- CORDERO LOBATO E (2019) Apéndice 2: Novedades del régimen de subrogación de la Ley 2/1994 introducidas por la LCCI. En: Á. Carrasco Perera, (dir.) *Comentarios a la Ley de crédito inmobiliario*. Cizur Menor: Aranzadi.
- DÍEZ PICAZO, L. (1983). *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, Vol. I, 2.<sup>a</sup> ed. Madrid: Tecnos.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2013). Comentario al art. 1203. En: A. Bercovitz Rodríguez Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI (Arts. 1043 a 1264). Valencia: Tirant lo Blanch (acceso on line en <https://biblioteca-tirant-com.cuarzo.unizar.es>).

- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2013). Comentario al artículo 1211. En: Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.) *Comentarios al Código Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch (acceso on line en <https://biblioteca-tirant-com.cuarzo.unizar.es>).
- DEL OLMO GARCÍA, P. (1998), *Pago de tercero y subrogación*, Civitas, Madrid.
- FAUS, M. (2002). Escritura de subrogación de acreedor en una hipoteca inmobiliaria. Comentario, noviembre (documento accesible en <https://app-vlex-com>).
- GARCÍA GARCÍA, J. M. (2019). Comentario artículo 2 Ley 2/1994. En: *Legislación hipotecaria y del crédito inmobiliario. Jurisprudencia y Comentarios*. Cizur Menor: Aranzadi (consultada versión on line en Proview)
- GARCÍA GARCÍA, J. M. (2019). Comentario a la disposición transitoria primera LCCI. En: *Legislación hipotecaria y del crédito inmobiliario. Jurisprudencia y Comentarios*, Cizur Menor: Aranzadi (consultada versión on line en Proview)
- GARCÍA GARCÍA, J. M. (2019). Comentario a la disposición adicional novena LCCI. En: *Legislación hipotecaria y del crédito inmobiliario. Jurisprudencia y Comentarios*, Cizur Menor: Aranzadi (consultada versión on line en Proview)
- GARCÍA GARCÍA, J. M. (2019). Comentario artículo 23 LCCI. En: *Legislación hipotecaria y del crédito inmobiliario. Jurisprudencia y Comentarios*. Cizur Menor: Aranzadi (consultada versión on line en Proview).
- GARCÍA MAS, F.J. (1994). Comentarios a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 624, pp. 1947 y ss.
- GOMA LANZÓN, F. (2019). Ley de Crédito Inmobiliario: el deudor recupera el poder de decidir si cambia la hipoteca de un banco a otro” *El Notario del siglo XXI*, n.º 84.
- GÓMEZ POMAR, F., SEGURA MOREIRAS, A., y ERNESTO SUÁREZ PUGA, E. (2021). La subrogación del acreedor hipotecario a voluntad del deudor: ¿Un mercado de portabilidad fallido? *Revista de derecho mercantil*, n.º 322.
- HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M. (1994). Breve análisis de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 622, pp. 1199 y ss.
- HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.<sup>a</sup> D. (1996). Algunas cuestiones civiles de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 19, pp. 155 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. de A.; DELGADO ECHEVERRÍA, J. y RIVERO HERNANDEZ, F. (1985). *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. I. Barcelona.
- LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1994). La subrogación y modificación en los préstamo hipotecarios. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 4, pp.17-84.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (coord.) (2018). *Curso de Derecho Civil*, Tomo II (Derecho de obligaciones) Vol. 1.º (Teoría general de la obligación y el contrato). Madrid: Edisofer.
- MARTÍNEZ PIÑEIRO, E. (1994). Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (Ley 2/1994, de 30 de marzo). *Lunes 4, 30*, n.º 148, pp. 34 y ss.
- MATEO ESTÉVEZ, J. (1994). Ley de subrogación y novación hipotecaria de 30 de marzo de 1994. Reflexiones en torno a ella. *La notaría*, n.º 4, pp. 9 y ss.

- REY PORTOLES, J. M. (1995). La hipoteca como derecho real divorciable del crédito garantizado. En: *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*. Madrid: Centro de estudios registrales, pp. 25 a 56.
- RUBIO GARRIDO, T. (1998). *La ley de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios*, Granada: Comares.
- RUIZ-RICO RUIZ, J. M. (1994). Problemática derivada de la subrogación prevista en el artículo 1.211 del Código civil, y su aplicación a los créditos hipotecarios. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 9.
- RUIZ-RICO RUIZ, J. M. y UREÑA MARTÍNEZ, M. (1994). Aspectos civiles de la Ley 2/1994 de 30 de marzo sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. *Actualidad civil*, n.º 38, pp. 785 y ss.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2019), *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2020). Subrogación y novación en los préstamos inmobiliarios. En: K. J. Albiez Dohrmann y M.<sup>a</sup> L. Moreno-Torres Herrera, M.<sup>a</sup> L. (Coords.) *Los contratos de préstamo inmobiliario: actualizado a los RD-ley para la protección de deudores en situación de vulnerabilidad*, Bosch, Barcelona, págs. 781-800.
- SANCHO REBULLIDA, F. (1964). *La novación de las obligaciones*. Barcelona: Nauta.
- SANCHO REBULLIDA, F. (1980) Comentario al art. 1.211. En: Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, vol. 1.º, Madrid: Edersa.
- SERRANO YUSTE, J. (2020). Novación modificativa de préstamo hipotecario documentada en póliza. *Notario del siglo XXI*, n.º 94.
- SUÁREZ PUGA, E., y SEGURA MOREIRAS, A. (2021). La subrogación del acreedor hipotecario a instancia del deudor: un planteamiento sobre su naturaleza contractual y su finalidad tuitiva de los intereses de los consumidores. *La Ley mercantil*, n.º 79.
- TENZA LLORENTE, M. (2022), *La tutela del deudor y del garante hipotecario en la contratación de préstamos inmobiliarios. El ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*. Cizur Menor: Aranzadi.
- VATTIER FUENZALIDA, C. (1985). Notas sobre la subrogación personal. *Revista de Derecho Privado*, pp. 491 y ss.

## NOTAS

<sup>1</sup> Según datos del Banco de España, entre junio de 2021 y diciembre de 2022, el crecimiento acumulado del índice armonizado de precios al consumo (IAPC) en España fue del 9,8 %. Véase Banco de España, *Informe de Estabilidad financiera*, marzo de 2023, p. 71.

<sup>2</sup> Datos obtenidos de las estadísticas sobre tipos de interés publicados por el Banco de España en su página web. Son accesibles en <https://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/bolest19.html>.

<sup>3</sup> Conforme a la Resolución de 19 de diciembre de 2023, del Banco de España, por la que se publican determinados tipos de interés oficiales de referencia del mercado hipotecario (BOE 20/12/2023), el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España, se ha situado en noviembre de 2023 en el 4,276 %.

<sup>4</sup> Véase el estudio sobre el incremento de la fragilidad financiera de los hogares realizado por el Banco de España (2023). *Informe de Estabilidad financiera*, pp. 71 a 75.

<sup>5</sup> GÓMEZ POMAR, F., SEGURA MOREIRAS, A., y ERNESTO SUÁREZ PUGA, E. (2021). La subrogación del acreedor hipotecario a voluntad del deudor: ¿Un mercado de portabilidad fallido? *Revista de derecho mercantil*, n.º 322 (consulta on line), apartado III.2.2 in fine, consideran que estos son los dos principales factores que explican la preferencia por tipos de interés fijo a partir de 2015.

<sup>6</sup> Véase los datos y gráficas que proporcionan GÓMEZ POMAR, F., SEGURA MOREIRAS, A., y ERNESTO SUÁREZ PUGA, E. (2021). La subrogación del acreedor..., cit., apartado III. 2.1.

<sup>7</sup> Así lo constatan GÓMEZ POMAR, F., SEGURA MOREIRAS, A., y ERNESTO SUÁREZ PUGA, E. (2021). La subrogación del acreedor..., cit., apartado III. 2.1.

<sup>8</sup> En Italia, la introducción de un régimen legal que limitaba los costes de estas operaciones, generó más competencia en el mercado crediticio. Así lo indica GÓMEZ POMAR, F., SEGURA MOREIRAS, A., y SUÁREZ PUGA, E. (2021). La subrogación del acreedor..., cit., apartado I.

<sup>9</sup> De este riesgo advierten GÓMEZ POMAR, F., SEGURA MOREIRAS, A., y SUÁREZ PUGA, E. (2021). La subrogación del acreedor..., cit., apartado I.

<sup>10</sup> Sobre los requisitos para la aplicación del art. 1211 CC, véase SANCHO REBULLIDA, F. (1980) Comentario al art. 1.211. En: Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, vol. 1.º, Madrid: Edersa; LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1994). La subrogación y modificación en los préstamo hipotecarios. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 4, pp. 36 a 41 o ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2013). Comentario al artículo 1211. En: Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.) *Comentarios al Código Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 8963-8967.

<sup>11</sup> Véase a GÓMEZ POMAR, F., SEGURA MOREIRAS, A., y ERNESTO SUÁREZ PUGA, E. (2021). La subrogación del acreedor..., cit., apartado I, quien sigue en esta interpretación (véase la nota 5) a SANCHO REBULLIDA, F. (1980) Comentario al art. 1.211, cit. y CAÑIZARES LASO, A. (1996). *El pago con subrogación*, Madrid: Civitas.

<sup>12</sup> Así se pone de manifiesto en el apartado III del preámbulo del RD-Ley 19/2022.

<sup>13</sup> Se aprobó mediante Resolución de 23 de noviembre de 2022, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de noviembre de 2022 (BOE de 24 de noviembre de 2022).

<sup>14</sup> Compartimos plenamente la calificación como Derecho opcional de ALONSO PÉREZ, M.<sup>a</sup> T. (2015). El código de buenas prácticas de reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual. Naturaleza jurídica y su análisis como supuesto específico de sobreendeudamiento de particulares. *Revista de Derecho civil*, vol. II.2, pp. 37-38. El Código no es un instrumento de autorregulación sino un Derecho opcional al que las partes pueden acogerse voluntariamente.

<sup>15</sup> Véase la Resolución de 27 de diciembre de 2023, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de diciembre de 2023, por el que se modifica el Código de Buenas Prácticas de medidas urgentes para deudores hipotecarios en riesgo de vulnerabilidad (BOE 29/12/2023).

<sup>16</sup> Concepto muy amplio que incluye incluso préstamos concedidos por consumidores con finalidad inversora. Véase AGÜERO ORTIZ, A. (2019). Ámbito de aplicación objetivo y subjetivo. En: Á. Carrasco Perera, (dir.) *Comentarios a la Ley de crédito inmobiliario*. Cizur Menor: Aranzadi (consulta en línea en base de datos Proview), apartado II.1. La exigencia de profesionalidad o finalidad inversora permitiría excluir las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones incorporadas a títulos-valores, por no gozar el concedente del préstamo de la condición de prestamista inmobiliario profesional.

<sup>17</sup> Véase, en este sentido, LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1994). La subrogación..., cit., p. 50. En cambio, sin justificación alguna, SUÁREZ PUGA, E., y SEGURA MOREIRAS, A. (2021). La subrogación del acreedor hipotecario a instancia del deudor: un planteamiento sobre su naturaleza contractual y su finalidad tuitiva de los intereses de los consumidores. *La Ley mercantil*, n.º 79, p. 6, consideran que la Ley 2/1994 solo se aplica a los consumidores. No hay ningún elemento en la Ley 2/1994 que permita tal deducción.

<sup>18</sup> Para un análisis detallado del ámbito de aplicación subjetivo de la LCCI, véase SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2019), *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 30-44; AGÜERO ORTIZ, A. (2019). Ámbito de aplicación objetivo..., cit., subapartados 1, 2 y 3 o ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2020). Ámbito personal y material de los contratos de crédito inmobiliario. En: K.J. Albiez Dohrmann y M.<sup>a</sup> L. Moreno-Torres Herrera (coords), *Los contratos de préstamo inmobiliario*, Barcelona: Bosch, pp. 72 a 94.

<sup>19</sup> Aunque inicialmente resultaba dudoso si la Ley 2/1994 se aplicaba solo a préstamos en sentido estricto o también a créditos hipotecarios, la DGRN estimo que también era aplicable a contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria, pero solo una vez que se haya dispuesto del crédito. El crédito en cuenta corriente es una relación jurídica compleja con obligaciones para ambas partes que se transforma al finalizar el periodo de disponibilidad en una relación jurídica unilateral de deuda por el saldo que arroje la correspondiente cuenta, pudiendo entonces considerarse como un contrato plenamente equiparable al de préstamo hipotecario y siendo posible la aplicación de la Ley 2/1994. Véase, en este sentido, las Resoluciones de la DGRN de 18 de junio de 2001 (BOE 24/07/2001) o de 17 de julio de 2001 (BOE 21/08/2001). Ya antes la doctrina había optado por una interpretación amplia y así, véase RUBIO GARRIDO, T. (1998). *La Ley de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios*. Granada: Comares, pp. 86 a 91.

<sup>20</sup> No hay duda, puesto que la Ley 2/1994 no hace ninguna distinción. Así se entendió desde las primeras interpretaciones de la norma. Véase MARTÍNEZ PIÑEIRO, E. (1994). Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (Ley 2/1994, de 30 de marzo). *Lunes* 4, 30, n.º 148, p. 39; LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1994). La subrogación..., cit., p. 52 o RUBIO GARRIDO, T. (1998). *La ley de subrogación...* cit., pp. 92 a 96.

<sup>21</sup> Véase AGÜERO ORTIZ, A. (2019). *Ámbito de aplicación...*, cit., apartado II.6.1.

<sup>22</sup> Con carácter general, la doctrina y la jurisprudencia estiman, en interpretación conjunta de los arts. 1203 y 1204 CC que la novación del objeto de las obligaciones tiene mero carácter modificativo, salvo que se declare terminantemente el carácter extintivo de la novación, o que la antigua y la nueva obligación sean de todo punto incompatibles. Para un completo resumen de los argumentos en favor de esta tesis, véase CASTELLANOS CÁMARA, S. (2020), *Recargas y novaciones hipotecarias*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 224 a 237.

<sup>23</sup> Así la DGRN en su Resolución de 7 de junio de 2001 (BOE 13/07/2001) confirmó la negativa del registrador a la inscripción de una escritura de novación de préstamo hipotecario por no constar el consentimiento de uno de los hipotecantes (eran tres) que no tenía la condición de deudor. Sostiene la DGRN que: “es indudable que el acreedor y deudor pueden, sin necesidad de consentimiento del hipotecante no deudor, modificar en los términos que consideren oportunos las condiciones de la relación obligatoria que solo a ellos afecta, pero no lo es menos, que por la relatividad del contrato (cfr. artículos 1.257 y 1.835 del Código Civil), tal modificación no puede extenderse a la hipoteca cuando suponga un agravamiento o ampliación de la misma, en tanto no haya sido consentida por el constituyente de la garantía”. Para un comentario, véase ADÁN GARCÍA, M.<sup>a</sup> E. (2002). El hipotecante no deudor en el ámbito de la Ley 2/94, de 30 de marzo, de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios. *Lunes 4, 30*, número 318, pp. 17 y ss. y, en especial, pp. 19-20.

<sup>24</sup> Si la novación solo comporta una bajada del tipo de interés ordinario, de los intereses de demora o un cambio de otras cláusulas que no supongan ampliación de la responsabilidad hipotecaria no será necesario el consentimiento del cónyuge que no sea propietario de la vivienda habitual. Véase la RDGSJFP de 30 de enero de 2024 (BOE 8 de marzo de 2024).

<sup>25</sup> Siguiendo los argumentos de AGÜERO ORTIZ, A. (2019). *Ámbito de aplicación...*, apartado II.6.1 considero que la LCCI es aplicable a las novaciones que operan sobre créditos ya sometidos a la LCCI y también a aquellas que afectan a créditos o préstamos no sometidos a la LCCI, pero que pasarán estarlo como resultado de la novación.

<sup>26</sup> Así lo establece el punto 4, D de la Instrucción de 20 de diciembre de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la actuación notarial y registral ante diversas dudas en la aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE 30/12/2019), pág. 14219 y se confirma en la Resolución de 28 de enero de 2020, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Madrid n.º 17, por la que se suspende la inscripción de una escritura de novación de préstamo con garantía hipotecaria (BOE 18/06/2020), pp. 42061 y 42062.

<sup>27</sup> Véase, en este sentido, de ALBIEZ DORHMANN, K. J. (2019). La aplicación en el tiempo de la Ley de contratos de crédito inmobiliario y de otras normas. *Diario La Ley*, n.º 9439, Junio (consulta on line en la base de datos Smarteca), apartado III.2.B, pp. 5-6. Esta es también la interpretación sostenida por la DGRN en el Punto 4. D de su Instrucción de 20 de diciembre de 2019, pág. 142193 y en su Resolución de 28 de enero de 2020, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Madrid n.º 17, por la que se suspende la inscripción de una escritura de novación de préstamo con garantía hipotecaria (BOE 18/06/2020), pp. 42061 y 42062.

<sup>28</sup> Compartimos la opinión de ALBIEZ DORHMANN, K. J. (2019). La aplicación en el tiempo..., cit., apartado III.2.B, pp. 5-6, quien considera que debe entregarse toda la documentación exigida por el art. 14.1 LCCI.

<sup>29</sup> A este respecto, la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 27 de junio de 2023 (BOE 14/07/2023) estima que la novación del tipo de variable a fijo no obliga a modificar la cifra de responsabilidad hipotecaria, salvo que de mantenerse la cifra de responsabilidad hipotecaria, resultase infringido el límite máximo establecido en el artículo 220 del Reglamento Hipotecario, trasunto del 114 de la Ley Hipotecaria, según el cual «cuando se fije en la escritura una cantidad global para responder del pago de intereses, no podrá exceder del importe correspondiente a cinco anualidades. En tal caso, la discrepancia entre los términos que definen la obligación asegurada y los de la extensión objetiva de la hipoteca, comportarían una vulneración de las exigencias de claridad y precisión en el contenido de los asientos registrales (artículo 12 de la Ley Hipotecaria).

<sup>30</sup> No es posible la simple constancia en póliza intervenida notarialmente. Véase a este respecto, la argumentación de SERRANO YUSTE, J. (2020). Novación modificativa de préstamo hipotecario documentada en póliza. *Notario del siglo XXI*, n.º 94, pp. 158 a 163.

<sup>31</sup> Así lo interpretó la DGRN en su Resolución de 28 de enero de 2020, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Madrid n.º 17, por la que se suspende la inscripción de una escritura de novación de préstamo con garantía hipotecaria (BOE 18/06/2020), pp. 42061 y 42062. En la práctica, diversas entidades bancarias tienen publicadas en el Registro de condiciones generales de contratación, las condiciones generales tipo para escrituras de novación de préstamos hipotecarios con cambio de tipo variable a fijo.

<sup>32</sup> Así lo interpreta la DGRN en el Punto 4. D de su Instrucción de 20 de diciembre de 2019, pág. 142193.

<sup>33</sup> Véase, en este sentido, la Resolución de la DGSJFP de 28 de octubre de 2021 (BOE 23/11/2021).

<sup>34</sup> En este sentido, AGÜERO ORTIZ, A. (2019). *Ámbito de aplicación...*, cit., apartado II.6.1. considera que es “verdaderamente improbable que la entidad acreedora logre firmar la novación antes del transcurso de los 15 días naturales previstos en el art. 2 de la Ley 2/1994”.

<sup>35</sup> En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 considera que en los supuestos previstos en el art. 4.2 Ley 2/1994 y entre ellos se incluye el cambio en las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado “existe mera modificación y no extinción de la relación jurídica y constitución de una nueva”. En la doctrina, sobre el carácter no extintivo de la novación, salvo pacto, véase CASTELLANOS CÁMARA, S. (2020). *Recargos y novaciones...*, cit., pp. 224 a 237 o ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2013). Comentario al art. 1203. En: A. Bercovitz Rodríguez Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI (Arts. 1043 a 1264). Valencia: Tirant lo Blanch (acceso on line en <https://biblioteca-tirant-com.cuarzo.unizar.es>), pp. 8896 a 8898 y la doctrina y jurisprudencia anterior por él citada.

<sup>36</sup> Así lo interpreta TENZA LLORENTE, M. (2022). *La tutela del deudor y del garante hipotecario en la contratación de préstamos inmobiliarios. El ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*. Cizur Menor: Aranzadi (consulta on line) capítulo IV, apartado 2.2 quien sostiene que “ha de estarse a la total adaptación a sus disposiciones, aun cuando en algún aspecto pudiera resultar más desfavorable para el deudor, pues la LCCI no distingue”.

<sup>37</sup> Esta interpretación es sostenida por AGÜERO ORTIZ, A. (2019). *Ámbito de aplicación.....* apartado II.7.2.

<sup>38</sup> Véase AGÜERO ORTIZ, A. (2019). *Ámbito de aplicación.....* apartado II.7.2. También GARCÍA GARCÍA, J. M. (2019). Comentario a la disposición transitoria primera LCCI. En: *Legislación hipotecaria y del crédito inmobiliario. Jurisprudencia y Comentarios*, Cizur Menor: Aranzadi (consultada versión on line en Proview) considera que, en caso de novación,



la LCCI “no se aplica a todo el contenido de los contratos anteriores, sino solo respecto a lo que haya sido modificado con posterioridad a la Ley”; si bien este autor no ofrece argumentos que sostengan su interpretación. También SAENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2020). Subrogación y novación..., cit., pp. 787-788, tras exponer argumentos a favor y en contra de una aplicación plena de la LCCI tras la novación, parece inclinarse por considerar que solo se aplica a las cláusulas que las partes desean modificar.

<sup>39</sup> Véase SAENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2020). Subrogación y novación..., cit., p. 788. No podemos compartir este argumento, pues las normas imperativas que incluye la LCCI tienen como finalidad proteger a la parte más débil en el contrato y no se alcanza a comprender por qué no ha de protegerse plenamente a los prestatarios tras la novación de su contrato. La regla de irretroactividad tiene por finalidad proteger al prestamista profesional de una obligada modificación masiva de todos los contratos ya celebrados. Los perjuicios que al prestamista pudiera acarrearle una modificación masiva de todos los contratos que hubiese celebrado no existen en caso de novación singular de un contrato concreto.

<sup>40</sup> Así lo destaca SAENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2020). Subrogación y novación..., cit., p. 787, como argumento a favor de una aplicación plena de la LCCI, pese a que luego se inclina por considerar que la plena aplicación de la LCCI a todo el contrato no está justificada.

<sup>41</sup> Como indica SAENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2020). Subrogación y novación..., cit., p. 788 los deberes de información deberán “abarcar los modificados voluntariamente por las partes y los que se modificarían como consecuencia de la aplicación de normas imperativas de la LCCI”, pese a que luego se inclina por considerar que la plena aplicación de la LCCI a todo el contrato no está justificada.

<sup>42</sup> Véase la Enmienda núm. 177 que presentó este grupo en el Congreso (BOCG, Serie A, n.º 12-3, pág. 263, enmienda que reiteró en el senado, como enmienda n.º 44 (BOCG, Senado, XII legislatura, núm. 331, pág. 102).

<sup>43</sup> ALBIEZ DORHMANN, K. J. (2019). La aplicación en el tiempo..., cit., apartado III.1, pp. 3-4, considera que la regla más adecuada es la de irretroactividad total, justificándola en el carácter sancionador que tiene esta Ley tanto en el plano administrativo como en el sustantivo y también en las dificultades y problemas que hubiese causado una masiva adaptación de contratos.

<sup>44</sup> A estos efectos, la DGSJFP en su Resolución de 27 de junio de 2023 (BOE 14/07/2023) ha establecido que la novación consistente exclusivamente en la sustitución de un tipo variable por uno fijo no exige por sí sola que se modifique la responsabilidad hipotecaria inicialmente pactada conforme al tipo variable, salvo que se infrinja el límite máximo establecido en el artículo 220 del Reglamento Hipotecario.

<sup>45</sup> Sus orígenes pueden encontrarse en Derecho romano, aunque el antecedente más cercano suele situarse en un Edicto del rey francés Enrique IV de 1609 cuyo contenido se integraría en el Código Civil napoleónico, para luego pasar al CC español. En general, sobre los antecedentes de la institución de la subrogación en los préstamos hipotecarios por voluntad del deudor y sin consentimiento del acreedor, véase LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1994). La subrogación..., cit., pp. 19 a 24 o CASTELLANOS CÁMARA, S. (2020). *Recargas y novaciones...*, cit., pp. 264-265.

<sup>46</sup> Así lo pone de manifiesto la propia Exposición de motivos de la Ley 2/1994 y así lo ha entendido la doctrina que considera que la Ley 2/1994 no es sino un desarrollo del art. 1211 CC para facilitar, en la práctica, la subrogación a iniciativa del deudor. El propio art. 2.1 de la Ley 2/1994 pone de manifiesto que la esta norma viene a desarrollar el supuesto previsto en el art. 1211 CC. Véase, entre otros, LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1994). La subrogación..., cit.,



pp. 18-19; RUBIO GARRIDO, T. (1998). *La Ley de subrogación...*, cit., pp. 4 a 12; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2013). Comentario al art. 1211..., cit., p. 8966 o CASTELLANOS CÁMARA, S. (2020). *Recargos y novaciones...*, cit., pp. 312-313.

<sup>47</sup> Esta interpretación se ve confirmada por el hecho de que la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, prevé expresamente que en la FIPER a disposición de quien contrata una hipoteca inversa se haga constar que el cliente goza de “capacidad unilateral para subrogar su préstamo hipotecario conforme a lo previsto en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios”. Véase el Anexo IV, parte B, sección 8, de la citada Orden EHA/2899/2011.

<sup>48</sup> Así lo consideró la DGRN en su Resolución de 19 de julio de 2012, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el Registrador de la propiedad accidental de Fuengirola n.º 1, por la que se deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de documento privado junto con otra de novación modificativa de préstamo hipotecario (BOE 03/10/2012). En ella se considera que la subrogación es una novación modificativa y que, dado que el vencimiento del préstamo no supone la extinción del derecho real de hipoteca constituido, sino más bien su exigibilidad, es posible la subrogación, pues el día de vencimiento del préstamo garantizado con hipoteca no puede limitar los derechos que la ley concede al deudor para subrogar a un tercero o al tercero que paga para subrogarse en los derechos del acreedor inicial.

<sup>49</sup> La redacción originaria del art. 2 de la Ley 2/1994 no exigía una subrogación en todos los créditos o préstamos cuya garantía hipotecaria recayese sobre el mismo bien. Sin embargo, la Ley 41/2007 incluyó esta exigencia al modificar el art. 2, añadiendo un segundo párrafo al precepto con el siguiente texto: “Cuando sobre la finca exista más de un crédito o préstamo hipotecario inscrito a favor de la misma entidad acreedora, la nueva entidad deberá subrogarse respecto de todos ellos”. Esta norma permaneció vigente hasta su supresión por la modificación operada en el citado art. 2 de la Ley 2/1994 por la LCCI, volviendo así a la regulación inicial.

<sup>50</sup> Consideran que se trata de una subrogación por pago y no una cesión de crédito, entre otros, LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1994). *La subrogación...*, cit., p. 31 y p. 44; RUBIO GARRIDO, T. (1998). *La ley de subrogación...*, cit., pp. 42-43 o MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (coord.) (2018). *Curso de Derecho Civil*, Tomo II (Derecho de obligaciones) Vol. 1.º (Teoría general de la obligación y el contrato). Madrid: Edisofer, pp. 278-280. En cambio, HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M. (1994). Breve análisis de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 622, p. 1214 lo califica de “cesión forzosa del crédito, a modo de expropiación”

<sup>51</sup> Esta interpretación es sostenida con vehemencia por RUBIO GARRIDO, T. (1998). *La ley de subrogación...*, cit., pp. 35 a 43. Coincide con la interpretación tradicional de la doctrina de los arts. 1211 y 1212 CC. Véase, entre otros, SANCHO REBULLIDA, F. (1964). *La novación de las obligaciones*. Barcelona: Nauta, pp. 161-163; LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. de A.; DELGADO ECHEVARRIA, J. y RIVERO HERNANDEZ, F. (1985). *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. I. Barcelona, pp. 306 y 310; ALBALADEJO GARCÍA, M. (1983). *Derecho Civil*, t. II, vol. I, pp. 343 y ss.

<sup>52</sup> Un resumen de esta problemática y las distintas soluciones doctrinales puede verse en CASTELLANOS CÁMARA, S. (2020). *Recargos y novaciones...*, cit., pp. 257 a 260. Sobre este problema, véase también RUBIO GARRIDO, T. (1998). *La ley de subrogación...*, cit., pp. 43 a 53 quien considera que el nuevo acreedor dispone de las acciones y garantías derivadas del crédito pagado, pues se ha subrogado en él, de las acciones y garantías que adornen al crédito que concedió e incluso de la acción de reembolso como pagador del crédito. En nuestra opi-

nión, en ningún caso dispondría de una acción de reembolso como pagador, puesto que el pago lo realiza el deudor, actuando el nuevo acreedor como mero mandatario del deudor.

<sup>53</sup> Así lo ha sostenido en relación con el art. 1211 CC, SANCHO REBULLIDA, F. (1980). Comentario al art. 1.211, cit. y en interpretación de la Ley 2/1994, LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1994). La subrogación..., cit., p. 39 o CASTELLANOS CÁMARA, S. (2020). *Recargos y novaciones...*, cit., p. 318.

<sup>54</sup> Este planteamiento es apuntado por CAPILLA RONCERO, F. (1995). Voz subrogación. *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. IV, Madrid, p. 6384, REY PORTOLES, J. M. (1995). La hipoteca como derecho real divorciable del crédito garantizado. *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*. Madrid: Centro de estudios registrales, pp. 47-48 y sólidamente sostenido por CASTELLANOS CÁMARA, S. (2020). *Recargos y novaciones...*, cit., pp. 262-265 y 318 a 323.

<sup>55</sup> Seguimos aquí a CASTELLANOS CÁMARA, S. (2020). *Recargos y novaciones...*, cit., pp. 318 y 322.

<sup>56</sup> Véase CASTELLANOS CÁMARA, S. (2020). *Recargos y novaciones...*, cit., pp. 322 y 323.

<sup>57</sup> Tesis sostenida por RUIZ-RICO RUIZ, J. M. (1994). Problemática derivada de la subrogación prevista en el artículo 1.211 del Código civil, y su aplicación a los créditos hipotecarios. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 9; y ampliamente argumentada por RUBIO GARRIDO, T. (1998). *La ley de subrogación...* cit., pp. 20 a 35. Para este autor la subrogación diseñada por la Ley 2/1994 es de naturaleza legal: “la ley, por razones político-económicas evidentes, permite que al acreedor se le prive de su crédito, necesariamente mediante su satisfacción en forma específica, e impone que éste se transmita a manos del solvens”. También aboga con sólidos argumentos por considerar que se trata de una subrogación por ministerio de la Ley, CASTELLANOS CÁMARA, S. (2020). *Recargos y novaciones...*, cit., pp. 323-330. Esta misma calificación ya había sido atribuida a la subrogación regulada en el art. 1211 CC por VATTIER FUENZALIDA, C. (1985). Notas sobre la subrogación personal. *Revista de Derecho Privado*.

<sup>58</sup> Autores como HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M. (1994). Breve análisis de la Ley 2/1994..., cit., pp. 1207 y 1213-1214; HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.<sup>a</sup> D. (1996). Algunas cuestiones civiles de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 19, p. 174 o ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S. (2011). *Derecho civil*, Madrid: Edisofer consideran que la subrogación regulada en la Ley 2/1994 tiene la misma naturaleza que la subrogación sin consentimiento del acreedor que regula el art. 1211 CC. La doctrina mayoritaria siempre sostuvo que el art. 1211 CC regulaba un supuesto de subrogación convencional. Véase, en este sentido, DÍEZ PICAZO, L. (1983). *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, Vol. I, 2.<sup>a</sup> ed. Madrid: Tecnos, pp. 816-817. En esta línea, SANCHO REBULLIDA, F. (1981). Comentario al art. 1211. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, (dir. Albaladejo, M.) T. XVI, vol. 1.º, Editorial Revista de Derecho privado, p. 672 introdujo un matiz relevante al considerar que se trata de un supuesto de subrogación negocial, pero no necesariamente convencional.

<sup>59</sup> Así lo proponen GARCÍA MAS, F.J. (1994). Comentarios a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 624, p. 1952 y LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1994). La subrogación..., cit., pp. 31-32.

<sup>60</sup> Véase, en este sentido, la Resolución de la DGRN de 7 de junio de 2001 (BOE 13/07/2001).

<sup>61</sup> Insisten en este requisito SUÁREZ PUGA, E., y SEGURA MOREIRAS, A. (2021). La subrogación del acreedor hipotecario a instancia del deudor: un planteamiento sobre su naturaleza contractual y su finalidad tuitiva de los intereses de los consumidores. *La Ley mercantil*, n.º 79, abril, p. 6.

<sup>62</sup> Así lo interpreta MARTÍNEZ PIÑEIRO, E. (1994). Subrogación y modificación... cit., p. 41.

<sup>63</sup> Véase MARTÍNEZ PIÑEIRO, E. (1994). Subrogación y modificación..., cit., p. 41.

<sup>64</sup> La necesaria constancia por escrito también ha sido defendida por HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.<sup>a</sup> D. (1996). Algunas cuestiones civiles..., cit., p. 184 y RUBIO GARRIDO, T. (1998). *La ley de subrogación...*, cit., pp. 129-130.

<sup>65</sup> La redacción original de la Ley 2/1994 también mencionaba la necesidad de informar tan solo sobre las condiciones financieras, pero ya la doctrina interpretaba que debía ofrecerse información sobre todas las condiciones modificadas. Véase, en este sentido, GARCÍA MAS, F. J. (1994). Comentarios a la Ley 2/1994..., cit., p. 1954.

<sup>66</sup> La norma décimo tercera, apartado 7.c de la Circular 5/2012 prevé que: “en las ofertas vinculantes a que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, entre los conceptos que se han de tener en cuenta en el cálculo de la tasa anual equivalente, además de los que se derivan de lo dispuesto en la letra b) precedente, se incluirá el importe de la comisión de cancelación o de la compensación por desistimiento del préstamo objeto de subrogación”.

<sup>67</sup> Véase LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1994). La subrogación..., cit., p. 59; MATEO ESTÉVEZ, J. (1994). Ley de subrogación y novación hipotecaria de 30 de marzo de 1994. Reflexiones en torno a ella. *La notaría*, n.º 4, p. 16 o RUBIO GARRIDO, T. (1998). *La ley de subrogación...*, cit., p. 147.

<sup>68</sup> Véase en este sentido, HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.<sup>a</sup> D. (1996). Algunas cuestiones civiles..., cit., pp. 186-187; RUIZ-RICO RUIZ, J. M. y UREÑA MARTÍNEZ, M. (1994). Aspectos civiles de la Ley 2/1994 de 30 de marzo sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. *Actualidad civil*, n.º 38, pp. 800-801 y ampliamente argumentado por RUBIO GARRIDO, T. (1998). *La ley de subrogación...*, cit., pp. 148 a 159. LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1994). La subrogación..., cit., p. 59 matiza que la perfección requiere de la entrega del dinero, por considerar que es un contrato real. En nuestra opinión, se trata de un contrato consensual que se perfecciona por la aceptación.

<sup>69</sup> LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1994). La subrogación..., cit., p. 60 propone que la notificación no se envíe a la sede central, sino a la sucursal en la que está domiciliado el pago de las cuotas hipotecarias, a la atención del director, por razones de eficiencia.

<sup>70</sup> Véase MARTÍNEZ PIÑEIRO, E. (1994). Subrogación y modificación... cit., p. 42. o LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1994). La subrogación ..., cit., p. 61

<sup>71</sup> El uso de un medio de comunicación fehaciente y, en particular, el conducto notarial es recomendado por GARCÍA MAS, F.J. (1994). Comentarios a la Ley 2/1994..., cit., p. 1954; MARTÍNEZ PIÑEIRO, E. (1994). Subrogación y modificación... cit., p. 42; HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M. (1994). Breve análisis de la Ley 27/1994..., cit., p. 1227; MATEO ESTÉVEZ, J. (1994). Ley de subrogación..., cit., p. 16; o RUBIO GARRIDO, T. (1998). *La ley de subrogación...*, cit., p. 172.

<sup>72</sup> Modificación operada por el art. 13 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

<sup>73</sup> Tras la redacción dada por la Ley 41/2007, el art. 2 de la Ley 2/1994 disponía que: “Entregada la certificación, la entidad acreedora tendrá derecho a enervar la subrogación si, en el plazo de quince días naturales, a contar desde la notificación del requerimiento y en respuesta al mismo, comparece ante el mismo Notario que le haya efectuado la notificación a que se refiere el párrafo anterior y manifiesta, con carácter vinculante, su disposición a formalizar con el deudor una modificación de las condiciones del préstamo que igualen o mejoren la oferta vinculante. De esta manifestación se dejará constancia en la propia acta de notificación”.

<sup>74</sup> Un sector de la doctrina siempre ha considerado preferible que el acreedor anterior no pueda bloquear la subrogación. Así GOMA LANZÓN, F. (2016). Sobre las grandes dificultades que impone la ley para cambiar la hipoteca de un banco a otro”, *Blog Hay Derecho* de 26 de junio de 2016 o GOMA LANZÓN, F. (2019). Ley de Crédito Inmobiliario: el deudor recupera el poder de decidir si cambia la hipoteca de un banco a otro” *El Notario del siglo XXI*, n.º 84.

<sup>75</sup> Véase GARCÍA MAS, F. J. (1994). Comentarios a la Ley 2/1994..., cit., p. 1954; RUIZ-RICO RUIZ, J. M. (1994). Problemática derivada de la subrogación..., cit., p. 109 y p. 134. En contra de esta calificación, pero sin ofrecer otra alternativa, véase RUBIO GARRIDO, T. (1998). *La ley de subrogación...*, cit., pp. 176-180.

<sup>76</sup> Así lo considera también MARTÍNEZ PIÑEIRO, E. (1994). Subrogación y modificación... cit., p. 42 y 43 o FAUS, M., Escritura de subrogación de acreedor en una hipoteca inmobiliaria. Comentario, noviembre 2022 (documento accesible en <https://app-vlex-com>). También fue la posición de la DGRN en dos Resoluciones de 23 y 24 de septiembre de 2009, publicadas ambas en el BOE de 2 de noviembre de 2009. En cambio, RUBIO GARRIDO, T. (1998). *La ley de subrogación...*, cit., pp. 184-185 considera que la entrega de la certificación no es requisito indispensable para que pueda formalizarse una novación con el acreedor inicial.

<sup>77</sup> Así se desprende de tres Resoluciones de la DGRN de 19, 20 y 21 de julio de 1995, todas ellas publicadas en el BOE 18 de agosto de 1995.

<sup>78</sup> Véase, en este sentido, la SAP Zaragoza 773/1997, de 12 de diciembre (ECLI:ES:APZ:1997:450). Esta interpretación es apoyada en la doctrina por GÓMEZ POMAR, F., SEGURA MOREIRAS, A., y SUÁREZ PUGA, E., “La subrogación del acreedor...”, cit., apartado II.3

<sup>79</sup> Véase la SAP Madrid 762/2004 de 10 de diciembre (ECLI:ES:APM:2004:15792) en la que se sostiene que: “es evidente, que mientras no se diga lo contrario, y la citada Ley no lo dice, la novación modificativa del préstamo hipotecario exige necesariamente la conformidad del deudor y por tanto su consentimiento y aceptación. En modo alguno puede entenderse que la Ley citada establezca un derecho unilateral de la entidad acreedora, a modo de derecho de tanteo, para enervar la subrogación sin el consentimiento del deudor, pues ello iría en contra del sentido literal de la norma señalada y de la propia exposición de motivos de la Ley citada (...) Otra interpretación iría en contra del propio espíritu de la Ley 30 marzo 1994 de favorecer al deudor y dejarle decidir libremente sin cortapisa alguna lo que más le conviene atendiendo a las razones que estime oportunas”. En la misma línea, LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1994). *La subrogación...*, cit., p. 63 o RUBIO GARRIDO, T. (1998). *La ley de subrogación...*, cit., p. 178 consideran que no cabe obligar al deudor a formalizar la novación, por lo que si se niega no es posible la enervación.

<sup>80</sup> Se argumenta en la sentencia que “si la enervación de la subrogación anunciada constituye realmente un derecho —y así parece desprenderse de la frase «la entidad acreedora tendrá derecho a enervar la subrogación...» que se utiliza en el artículo 2— carece de sentido dejar abierta una puerta de tal magnitud a la libre decisión del deudor, de la que no se exige que sea motivada o justificada y que, por tanto, podría ser arbitraria, pese a que la finalidad de la norma

se reduce solamente a permitir que los deudores de préstamos hipotecarios puedan beneficiarse de la reducción que han experimentado los tipos de interés con posterioridad al momento en que habían concertado dichas operaciones”. Se insiste en que “lo que se concede al deudor no es un derecho subjetivo pleno sino un simple poder jurídico (también llamado derecho potestativo o facultad de configuración jurídica) que le faculta para influir sobre situaciones jurídicas preexistentes, sin que el ejercicio de tal poder haga recaer una verdadera obligación sobre el otro sujeto de la relación o situación mencionada (...) se hace preciso entender que la actuación que la ley impone al acreedor originario para el ejercicio de su derecho a enervar la subrogación que le ha sido anunciada, consistente en formalizar con el deudor, en el plazo máximo de quince días naturales, la novación modificativa igualatoria de la oferta de otra entidad, debe ser interpretada en el sentido de que se cumple por aquel acreedor con la comunicación fehaciente y vinculante realizada al deudor, dentro del plazo indicado de su voluntad de llevar a cabo dicha novación del préstamo en las mismas condiciones ofrecidas por la financiera que había pretendido subrogarse en su posición acreedora”.

<sup>81</sup> La difícil compatibilidad entre el cumplimiento de la LCCI y la brevedad del plazo es criticada por AGÜERO ORTIZ, A. (2019). *Ámbito de aplicación...*, apartado II.6.2; CORDE-RO LOBATO, E. (2019) Apéndice 2: Novedades del régimen de subrogación de la Ley 2/1994 introducidas por la LCCI. En: Á. Carrasco Perera, (dir.) *Comentarios a la Ley de crédito inmobiliario*. Cizur Menor: Aranzadi, pregunta 5 y SAENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2020). *Subrogación y novación...*, cit., p. 795.

<sup>82</sup> Así lo entendió la DGRN en tres resoluciones de 19, 20 y 21 de julio de 1995, todas ellas publicadas en el BOE 18 de agosto de 1995. Opinión mantenida en otras Resoluciones más reciente de 11 de diciembre de 2020 (BOE 28/12/2020) y de 13 de septiembre de 2022 (BOE 21/10/2022).

<sup>83</sup> Véase GARCÍA GARCÍA, J. M. (2019). *Comentario artículo 2 Ley 2/1994*. En: *Legislación hipotecaria y del crédito inmobiliario. Jurisprudencia y Comentarios*. Cizur Menor: Aranzadi (consultada versión on line en Proview), apartado VI.

<sup>84</sup> Véase GARCÍA MAS, F. J. (1994). *Comentarios a la Ley 2/1994...*, cit., p. 1955.

<sup>85</sup> Así se desprende de tres Resoluciones de la DGRN de 19, 20 y 21 de julio de 1995, todas ellas publicadas en el BOE de 18 de agosto de 1995. Es también la opinión mantenida GARCÍA MAS, F.J. (1994). *Comentarios a la Ley 2/1994...*, cit., p. 1955 y MARTÍNEZ PIÑEIRO, E. (1994). *Subrogación y modificación...* cit., p. 43.

<sup>86</sup> Véase CALATAYUD SIERRA, A. (1994). *El procedimiento de subrogación hipotecaria en la Ley 2/1994. Revista jurídica del Notariado*, n.º 10, p. 49 o RUBIO GARRIDO, T. (1998). *La ley de subrogación...*, cit., pp. 181-183. Así lo admitió también la DGRN en su resolución de 19 de julio de 1995 (BOE 18/08/1995).

<sup>87</sup> Así lo propone GARCÍA MAS, F.J. (1994). *Comentarios a la Ley 2/1994...*, cit., p. 1957.

<sup>88</sup> Es un supuesto que excepciona la regla general de voluntariedad en la admisión de depósito por parte de los notarios, consagrada en el art. 216.2.º del Reglamento notarial.

<sup>89</sup> Véase GARCÍA MAS, F.J. (1994). *Comentarios a la Ley 2/1994...*, cit., pp. 1957-1958.

<sup>90</sup> Véase MARTÍNEZ PIÑEIRO, E. (1994). *Subrogación y modificación...* cit., p. 44.

<sup>91</sup> Véase al respecto las Resoluciones de la DGSJyFP de 11 de diciembre de 2020 (BOE 28/12/2020) y de 13 de septiembre de 2022 (BOE 21/10/2022).

<sup>92</sup> Criticado GARCÍA MAS, F.J. (1994). *Comentarios a la Ley 2/1994...*, cit., pP. 1959-1960 quien considera que hubiese sido mejor técnicamente un asiento de inscripción

<sup>93</sup> Esta interpretación es sostenida con vehemencia por RUBIO GARRIDO, T. (1998). *La ley de subrogación...* cit., pp. 35 a 43. Coincide con la interpretación tradicional de la

doctrina de los arts. 1211 y 1212 CC. Véase, entre otros, SANCHO REBULLIDA, F. (1964). *La novación de las obligaciones*. Barcelona: Nauta, pp. 161-163; LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. de A.; DELGADO ECHEVARRIA, J. y RIVERO HERNANDEZ, F. (1985). *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. I. Barcelona, pp. 306 y 310; ALBALADEJO GARCÍA, M. (1983). *Derecho Civil*, t. II, vol. I, pp. 343 y ss. o DEL OLMO GARCÍA, P. (1998). *Pago de tercero y subrogación*. Madrid: Civitas. pp. 297 y ss.

<sup>94</sup> Así lo sostiene SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., “Subrogación y novación...”, cit., p. 785.

<sup>95</sup> Véase a este respecto las Resoluciones de la DGRN de 10 de enero de 2013 y de 4 de febrero de 2013.

<sup>96</sup> Así, lo pone de manifiesto, CASTELLANOS CÁMARA, S. (2020). *Recargos y novaciones...*, cit., p. 316.

<sup>97</sup> La norma procede de la disposición adicional única del Real Decreto-ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica, pues esta Ley es fruto de la tramitación parlamentaria del citado Real Decreto-ley.

<sup>98</sup> Así lo dispone expresamente el Anejo 5 apartado 1.1. “Préstamos y créditos” de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

<sup>99</sup> Así lo sostiene HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M. (1994). Breve análisis de la Ley 2/1994..., cit., p. 1205.

<sup>100</sup> La referencia al tipo mixto con un periodo fijo de, al menos, tres años, ha sido introducida mediante modificación de la LCCI por el artículo segundo del RD-Ley 8/2023.

<sup>101</sup> Inicialmente, la norma preveía su aplicación solo hasta el 31 de diciembre de 2023, pero el artículo 1 del RD-Ley 8/2023 ha ampliado su plazo de aplicación hasta el 31 de diciembre de 2024 y lo ha extendido a los cambios de tipo variable a tipo mixto.

<sup>102</sup> Así lo afirma el TS, Sala de lo Contencioso, en jurisprudencia constante, en sus sentencias de 13 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:748), 4 de marzo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:752), 19 de mayo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:965) o de 23 de julio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2723).

<sup>103</sup> Véase, en este sentido, SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2019). Subrogación y novación..., cit., p. 796-797, sin que se plantee ya el problema que señala la autora de discrepancia entre las entidades concedentes de los préstamos al haberse modificado el art. 1 de la Ley 2/1994. También GARCÍA GARCÍA, J. M. (2019). Comentario a la disposición adicional novena LCCI. En: *Legislación hipotecaria y del crédito inmobiliario. Jurisprudencia y Comentarios*, Cizur Menor: Aranzadi (consultada versión on line en Proview), estima que el art. 8 de la Ley 2/1994 es aplicable a los honorarios registrales a percibir por la inscripción de novaciones o subrogaciones sometidas a la LCCI.

<sup>104</sup> El Banco de España en su Informe de estabilidad financiera, otoño 2023, pp. 85-86, explica que en un contexto en el que se ha ralentizado la refinanciación, reestructuración y renovación de crédito a los hogares se observa un repunte de la renegociación que apunta a un incremento de las novaciones fruto de la nueva regulación contenida en el RD-Ley 19/2022.

*Trabajo recibido el 12 de enero de 2024 y aceptado  
para su publicación el 11 de marzo de 2024*