

LA SUBROGACIÓN Y MODIFICACIÓN EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ

SUMARIO: I. RÉGIMEN DE LA LLAMADA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS EN EL CÓDIGO CIVIL.—II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.—III. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL.—1. Naturaleza jurídica. 2. Finalidad o ventajas de la subrogación. 3. Peligros de fraude en la utilización de esta figura. 4. Sujetos. A) Deudor. B) Acreedor antiguo. C) Nuevo acreedor. 5. Requisitos. 1.º Existencia de una deuda. 2.º Que el deudor haya tomado prestado dinero. 3.º Que el dinero se haya tomado a préstamo precisamente para pagar tal deuda. 4.º Que el préstamo se solemnice en escritura pública. 5.º Que se pague efectivamente la deuda y en la carta de pago se exprese la procedencia de la cantidad pagada. 6. Efectos. 7. Incumplimiento de los requisitos exigidos.—IV. RÉGIMEN DE LAS LLAMADAS SUBROGACIÓN CONVENCIONAL Y NOVACIÓN MODIFICATIVA EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS. EN LA LEY 2/1994, DE 30 DE MARZO. 1. Sujetos. A) El deudor. B) La entidad prestamista que queda subrogada. C) La entidad acreedora concedente del préstamo anterior. 2. Préstamos a que se refiere la Ley. 3. Requisitos de la subrogación. A) Que la entidad que está dispuesta a subrogarse presente al deudor una oferta vinculante en la que consten las condiciones financieras del nuevo préstamo hipotecario. B) Notificación a la entidad acreedora. a) A quién y dónde se debe efectuar. b) Conducto para la práctica de la notificación. c) Contenido de la notificación. C) Certificación de la entidad acreedora. D) Que transcurran quince días naturales desde la entrega de la certificación sin que por la entidad acreedora se haya formalizado con el deudor novación modificativa del préstamo hipotecario. E) ¿Pago previo a la escritura? 4. Supuesto de falta de colaboración de la entidad acreedora. 5. Escritura de préstamo con subrogación. Escritura complementaria en su caso. 6. Constancia registral de la subrogación.—V. OTROS DETALLES DEL RÉGIMEN DE LA SUBROGACIÓN EN LA LEY 2/1994. 1. ¿Se

puede pactar una modificación del plazo de duración del préstamo en la propia escritura de préstamo con subrogación? A) En la subrogación. a) Al amparo del art. 1.211 del Código civil. b) Al amparo de la Ley 2/1994. B) En la llamada novación modificativa. 2. ¿Se puede alterar el plazo en escritura posterior? 3. La comisión por amortización anticipada. 4. Supuesto de viviendas de protección oficial. A) Intereses del préstamo. B) Problemas de ejecución. C) Conclusiones respecto a viviendas de protección oficial.—VI. RÉGIMEN DE LA MODIFICACIÓN SIMPLE DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO EN LA LEY 2/1994, DE 30 DE MARZO.—VII. TRATAMIENTO FISCAL.—VIII. HONORARIOS NOTARIALES Y REGISTRALES. 1. En las subrogaciones. 2. En las modificaciones simples.

A consecuencia del descenso de los tipos de interés en los préstamos hipotecarios producida sobre todo en el año 1993 se produjo un número cada vez más creciente de peticiones por parte de los prestatarios encaminadas a conseguir una rebaja de los tipos de interés de sus respectivos préstamos o, en su defecto, a la consecución de un nuevo préstamo ya en condiciones más beneficiosas, con el que se pudiera pagar el anterior y cancelar la hipoteca que lo garantizaba. En otros términos, si la entidad acreedora no accedía a rebajar los tipos y comisiones, se trataba de lograr la sustitución de un préstamo hipotecario por otro. Aun sin necesidad de sustitución de un préstamo por otro, cabía la posibilidad de acogerse a la subrogación que prevé el art. 1.211 del Código civil.

Pero, de un modo u otro, esta operación se veía sujeta a las dificultades del rompimiento del «blindaje» que previamente se había establecido respecto de tales préstamos: comisiones por amortización anticipada, muy frecuentemente del 3 por 100, y a veces hasta el 5 por 100 sobre la cantidad a amortizar y a pagar de una sola vez. Si se suma tal porcentaje al nuevo tipo, ya de por sí se ponía de relieve la poca o nula ventaja económica, según los casos, que podría obtenerse con la operación proyectada. Tales comisiones eran realmente disuasorias la mayoría de las veces. Añádase a ello los costos fiscales, los de valoración por las sociedades de tasación, y demás anejos a estas operaciones y se comprenderán las dudas que pronto se les planteó a los interesados en el cambio.

Pues bien, la Ley 2 de 30 de marzo de 1994 sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios trata de ofrecer un remedio a esta situación por la vía principalmente de la subrogación convencional prevista en el art. 1.211 del Código civil, limitando la comisión por amortización anticipada, al mismo tiempo que reduce los costos fiscales y demás ligados a esta operación. Junto a la subrogación contempla el supuesto de «novación modificati-

va» del préstamo entre acreedor y deudor, ofreciendo también para esta operación algunas ventajas. Sin embargo, como veremos después, la redacción de dicha Ley no es precisamente una obra de arte jurídico, y el juicio que merece no puede ser del todo favorable. Buena prueba de ello es la mala acogida que ha tenido en la práctica, en cuanto se refiere precisamente a la subrogación propiamente dicha. Y si la acogida ha sido más favorable en cuanto a la «novación modificativa» es precisamente porque en ella la Ley sigue el camino que debería haber seguido respecto de las subrogaciones: normas fiscales concediendo exenciones para estos negocios, y rebaja de derechos arancelarios de Notarios y Registradores. Aprovechando lo que tiene de aprovechable el Código civil.

Veamos primero cómo funciona la subrogación por consentimiento del deudor en el Código civil, para después someter a examen la Ley 2/1994.

I. RÉGIMEN DE LA LLAMADA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL, EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS, EN EL CÓDIGO CIVIL

La referencia que hace la Ley 2/1994 al art. 1.211 del Código civil no sólo en su Exposición de motivos sino también en su art. 2.º, aconseja que, antes de entrar en el estudio de la misma, hagamos algunas consideraciones sobre los precedentes históricos de dicha norma.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Los precedentes podemos hallarlos en el propio Derecho Romano. Glück («Commentario alle Pandette... Libro XX», traducido y anotado por Alfredo Ascoli, Milán, 1985, pp. 407 y ss.) entiende que en Derecho romano se produce la subrogación entre otros casos, en el de aquel en que alguno presta dinero al deudor, para satisfacer con el mismo un crédito hipotecario, reservándose expresamente la subrogación en la hipoteca del acreedor satisfecho. Matiza que esta subrogación no la obtiene cualquiera por el solo hecho de que con su dinero se haya pagado un crédito hipotecario, sino que en primer lugar el dinero debe haberse entregado al deudor expresamente con la finalidad de satisfacer el crédito hipotecario, y en segundo lugar debe haber sido entregado con la condición expresa de obtener la hipoteca del acreedor pagado, subentrando también en su rango. Si estas dos condiciones se dan, tan pronto como el acreedor haya sido satisfecho, el que

proporciona el dinero subentra *ipso iure* en el lugar de aquél, precisamente como si él mismo le hubiese cedido su hipoteca.

Y ve confirmada la verdad de cuanto afirma en los siguientes textos del Derecho Romano:

L.3, Dig. quae res pign., 20, 3: «Paulus, libro tertio Questionum, Aristo Neratio Prisco scripsit, etiamsi ita contractus sit, ut antecedens dimittiretur, non aliter in ius pignoris succedet, nisi convenerit ut sibi eadem res esset obligata. Neque enim in ius primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore; quo casu emptoris causa melior efficietur. Denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit, non per oblivionem sed cum hoc ageretur ne posset vendere, videamus an dici possit hucusque transire ad eum ius prioris ut distrehere pignus huic liceat? Quod admittendum existimo. Saepe enim quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum petere potest.»

Con referencia a la frase *neque enim in ius primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore; quo casu emptoris causa melior efficietur*, entiende Glück, siguiendo a Cuiacio (*Comm. in lib. III Questionum Pauli ad h.1.*) que estas palabras significan que es mejor comprar una cosa hipotecada por el deudor de modo que con el precio se pague al acreedor hipotecario antes que dar al deudor el dinero para que pague a su acreedor. En el primer caso, en efecto, aunque sin especial reserva, se subentra en el puesto del acreedor pagado con nuestro dinero, en el segundo, por el contrario, no. La razón de la diferencia se halla en que en el primer caso, en que el deudor deja de ser dueño de la cosa, se puede admitir más fácilmente que en el segundo, en que la cosa continúa siendo propiedad del deudor, que ha sido voluntad del deudor que el comprador subentrarse en los derechos del acreedor apartado. En el segundo caso por el contrario, ese subingreso en los derechos del acreedor satisfecho con el propio dinero debe ser pactado como condición explícita.

Toullier («Le Droit civil français, suivant l'ordre du Code civil», tomo IV, Bruselas, 1848, p. 64), subraya la necesidad de ese pacto en el derecho romano y siguiendo a Cujas (*Quest. Paul... Libro III*) explica así el referido convenio expreso acerca de la subrogación en la hipoteca: «*Titius* toma un préstamo de *Mevius*, a condición de que la suma prestada sea empleada a pagar a *Caius*, acreedor hipotecario. Pero *Mevius* no ha añadido la condición de suceder en la hipoteca de *Caius*: *inter Titium et Mevium nihil convenit de hypotheca*. *Mevius* no sucederá en las acciones hipotecarias de *Caius* aunque sucede en sus acciones personales privilegiadas. *Non succedet in hypothecariis actionibus, aliter quam si id actum sit nominatim*».

Y añade: «La diferencia que existe en el derecho romano entre la transmisión de las hipotecas o acciones hipotecarias, y la trans-

misión de los privilegios o acciones privilegiadas, *privilegia causae*, se halla únicamente en la necesidad de este pacto expreso acerca de la conservación de la hipoteca. Por lo demás, la transmisión de unas y otras exige igualmente dos condiciones: una, que se haya pactado que el dinero prestado será remitido al acreedor; y otra que lo haya sido (remitido) en efecto. Pero la transmisión de las hipotecas exige además una convención especial o expresa acerca de su conservación: convención que no es necesaria para la transmisión de las acciones personales privilegiadas, que se opera en virtud de convenio tácito.»

L.12, 8,D.h.t.20,4 (La rúbrica del título 4 es *qui potiores in pignore...* lo aclaro por ser de frecuente cita, y la Ley 12, cuyo párrafo 8 se transcribe a continuación, tiene como primera palabra la de *Creditor*): *Marcianus, libro singulari ad formulam hypothecariam* (así en Glück, en cambio en la edición de Gothofredo, *Corpus iuris civilis quod ius universum iustinianicum comprehenditur...* Lugduni MDCL, tomo 1.º, p. 634, dice: *ad formam hypothecariam*). *A Titio mutuatus pactus est cum illo ut ei praedium suum pignori hypothecaeve esset; deinde mutuatus est pecuniam a Maevio et pactus est cum eo ut, si Titio desierit praedium teneri ei teneatur. Tertius deinde aliquis dat mutuam pecuniam tibi, ut Titio solveres et paciscitur tecum, ut idem praedium ei pignori hypothecaeve sit et locum eius subeat. Num his medius tertio potior est, qui pactus est ut. Titio soluta pecunia, impleatur conditio, et tertius de sua negligentia queri debeat? Sed tamen et hic tertius creditor secundo praeferendus est.*

Comentando este texto, entiende Glück que el tercero no acreedor hipotecario, que procura el dinero al deudor para pagar a un acreedor hipotecario bajo la condición de subentrar en la hipoteca del mismo, debe subentrar en dicho puesto incluso si otro acreedor posterior al primero hubiese obtenido del deudor la seguridad de que, una vez pagado el primero, obtendría tal rango. El nuevo acreedor, con cuyo dinero fue pagado el primero —dice Glück— debe, incluso en este caso, ser preferido al segundo; porque el primer acreedor hubiese podido, aun sin el consentimiento del deudor, ceder su derecho a un tercero contra el pago de su crédito, y el segundo acreedor no habría podido lamentarse por ello: ahora el pago producido por medio del deudor debe parificarse a una cesión, puesto que aquí no se trataba de una condición cuyo cumplimiento dependiese del arbitrio del deudor.

Y, en fin, el otro texto que cita Glück (ob. cit., p. 410) es el siguiente:

L.1.Cod. de his qui in prior. cred. locum succed.,8,18: «Impp. Severus et Antoninus A.A. Marcellinae. Non omnino succedunt in locum hypothecarii creditoris hi, quorum pecunia ad creditorem transit. Hoc enim tunc observatur, cum is qui pecuniam postea dat sub hoc pacto credat, ut idem pignus ei obligetur et in locum

eius succedat. Quod cum in persona tua factum non sit (iudicatum est enim te pignora non accepisse), frustra putas tibi auxilio opus esse constitutionis nostrae ad eam rem pertinentis.»

Comentando este párrafo señala Glück que en ningún texto se ha dicho que para subentrar en el lugar del acreedor satisfecho sea preciso, en tal caso, el consentimiento de éste. Y, en efecto, si este consentimiento no es preciso, sino que la transferencia del derecho se produce *per se* cuando es un acreedor posterior el que con su propio dinero separa a un anterior acreedor, ¿por qué en el presente caso iba a ser necesario, mientras toda la diferencia entre los dos casos está en esto, que aquí ocurre con la intermediación del deudor (el cual, no obstante, tiene indudablemente el derecho de liberar su cosa de la hipoteca satisfaciendo a su acreedor) lo que en el ejercicio del *ius offerendi* ocurre inmediatamente por obra del acreedor posterior?

Conviene advertir que el *ius offerendi* es el derecho de subrogación o como dice Glück (ob. cit., p. 398), el derecho de satisfacer o de comprar el crédito de otro acreedor hipotecario. «Es —dice— un derecho singular que las leyes conceden especialmente al acreedor hipotecario de grado inferior y que consiste en la facultad de separar a un acreedor hipotecario incluso contra su voluntad mediante el pago de su crédito con sus accesorios, garantizados por la hipoteca, obteniendo así sobre la cosa hipotecada el puesto y los derechos del acreedor satisfecho, sin cesión.» Este derecho correspondía principalmente sólo a un acreedor posterior, y el efecto principal era que el derecho del acreedor hipotecario satisfecho pasa *ipso iure* al oferente sin necesidad de una especial cesión. «El oferente —dice Glück, ob. cit., p. 404— subentra en el puesto del acreedor separado y obtiene ni más ni menos que los derechos que a éste le correspondían.» Aclaremos también que el supuesto del acreedor hipotecario que paga a otro preferente no es precisamente la hipótesis que contempla nuestro Código civil en su art. 1.211, ni es la figura que ahora nos interesa examinar.

La figura de la llamada subrogación convencional por voluntad del deudor sin consentimiento del acreedor, ha pasado del derecho romano a los diversos derechos nacionales.

Los autores y aun las diversas disposiciones legales o resoluciones, citan como precedentes una u otra u otras de las leyes o fragmentos del Digesto y Código antes citados.

En España se ocupa de esta materia la Ley XXXIV («Porque razones el que toma la cosa a postremas a peño ha mayor derecho en ella que el primero»), del Título XIII («De los peños»). Partida 5.^a Según ella:

«A dos omes podria ser empeñada una cosa, al uno primera-mente, e al otro despues. E si acaesciesse que despues desso, el señor de la cosa, la empeñasse aun a otro tercero, en tal manera

podría ser fecha la obligación, que este tercero auria el derecho en la cosa empeñada, que auia el primero. E esto sería si en la obligación fuessen guardadas estas tres cosas. La primera es, que este tercero rescibiesse la cosa a peños, con entencion que los dineros que diesse sobre ella, fuessen dados a aquel a quien fue obligada primeramente. La segunda, que fiziesse tal pleyto, con aquel que gela empeño, que el derecho, que el otro auia sobre la cosa empeñada quel ouiesse el. La tercera, que los dineros le fuesen dados assi en todas quisas al primero. Mas si el segundo a quien fuesse otrosi empeñada la cosa, pagasse los dineros al tercero, maguer non fiziesse otro pleyto ninguno con el: entonce el derecho que auia el tercero en la cosa tornaría al segundo. Otrosi dezimos, que si otro estraño, a quien non fuesse obligado el peño sobredicho, nin ouiesse derecho ninguno en el lo quitasse del primero, a quien fuera empeñado sobre tal pleyto, que le otorgasse el otro el derecho que auia sobre el peño: entonce tambien le fincaría obligada la cosa como si gela ouiesse empeñado primeramente el señor della» (Quinta Partida. Ed. hecha en Salamanca, año 1576, pp. 93 y 94).

En Francia P. Neron/E. Girard («Recueil d'édits et ordonnances royaux sur le fait de la Justice et autres matieres les plus importantes», Paris, 1720, tomo I, p. 737), señala como precedentes del interesante Edicto del Rey Enrique IV de 1609, a que después me referiré, el fragmento «Aristo» de Paulo en el Digesto *quae res pignori*, y la ley primera o fragmento primero del Código *de his qui in priorum creditorum locum succedunt*, así como de la glosa sobre estas dos leyes.

Merlin («Repertoire universel et raisonné de jurisprudence», 3.^a ed. Paris, 1809, tomo 12, p. 259) cita la Ley «Creditor», párrafo 8, del Digesto *qui potiores in pignore*, como precedente de texto permisivo de la subrogación convencional por voluntad del deudor sin consentimiento del acreedor (y en tal sentido la opinión de Dumoulin), así como tres decisiones del Parlamento de Paris de 24 febrero 1592, 12 agosto 1600, y 15 enero 1605. Según él el Edicto del Rey Enrique IV de mayo de 1609 está calcado sobre esta doctrina, y la confirma.

Dicho Edicto de 1609 (P. Neron/E. Girard, ob. cit., pp. 736-738), dispone que «... Nos, de nuestra cierta ciencia, pleno poder y autoridad real, hemos declarado y ordenado, declaramos y ordenamos, queremos y nos place que quienes faciliten sus dineros a los deudores de las dichas rentas constituidas al denario doce con estipulación expresa de poder suceder en las hipotecas de los acreedores que serán pagados con esos dineros, resultando haber sido empleadas los mismos en el pago de esas rentas, atrasos y otras sumas por declaración de los deudores en el momento del pago y redención, queden subrogados de derecho en los derechos,

hipotecas, títulos, justificantes y acciones de dichos antiguos acreedores sin otra cesión o transferencia de los mismos...»¹.

¹ El texto completo del Edicto es el siguiente:

«Enrique por la gracia de Dios Rey de Francia y de Navarra: A todos presentes y por venir, Salud. Sobre la amonestación a Nos hecha por varios de nuestros súbditos, tanto Eclesiásticos como de la Nobleza y otros del tercer Estado, de que muchos estando obligados en diversos contratos de constitución de renta a la razón de denario doce, anteriormente nuestros Edictos y Declaraciones por nos hechas sobre el pago de los atrasos y liquidación de tales rentas; igualmente ante nuestro Edicto del mes de julio de 1601 verificado en nuestro Parlamento, por el cual Nos habríamos reducido las rentas constituidas a la razón del denario dieciséis: estos obligados habrían buscado todos los medios para ellos posibles, por ventas, empeños y enajenaciones de sus heredades y bienes, para liberarse de dichas rentas y pagos de atrasos que ellos deberían a la razón del denario doce. Lo que ellos no habrían podido conseguir, ahora que hubiesen hallado el medio de conseguir dinero de varios particulares que les ofrecerían las sumas que les fuesen necesarias, para constitución de renta al denario dieciséis, para convertir y emplear en la adquisición de sus dichas deudas, no obstante bajo condición de que les hiciesen subrogar por los antiguos acreedores, sin otra garantía que de sus hechos y promesas, para entrar en sus derechos de hipotecas, títulos, justificantes y acciones. Lo que algunos de dichos acreedores, no deseando que las rentas fuesen redimidas, no habrían querido conceder o para impedir la amortización de tales rentas, o temerosos de ser garantes para el futuro de las sumas que ellos habrían transferido: que es la ocasión por la cual los dichos particulares han puesto dificultades para prestar las dichas sumas a los dichos obligados, teniendo la incertidumbre de la subrogación de dichas antiguas hipotecas en su provecho, por la estipulación que pueden hacer de ellas prestando sus dineros sin otra cesión, ni transferencia de dichos acreedores: y aunque por disposición del derecho puedan estipular el suceder en el lugar, derechos e hipotecas de quienes habrían sido pagados con sus denarios, y con ello y con la declaración que pueden hacer los deudores en el momento de firmarse el recibo del pago de sus deudas que los dineros dados a los deudores provienen de dichos particulares, tales particulares puedan ser subrogados de pleno derecho en las hipotecas de los antiguos acreedores. Y por tales dificultades se ha privado a dichos deudores del medio de poder poner el orden que hubiesen esperado a sus negocios, aunque la cesión que se hiciera por los referidos antiguos acreedores no les hiciese ningún daño o incomodidad; de modo que ellos estarían sin interés, y cuando hubiesen sido reembolsados de su principal y atrasos, no puedan rehusar el hacer dicha cesión al otorgar la redención, no siendo razonable que la negativa de esos acreedores prive a los deudores de tal beneficio como es la reducción al denario dieciséis hecha por nuestro Edicto y Declaración. Por estas causas, deseando atender a nuestros súbditos, cualquiera que sea su calidad y condición, considerando que Nos hemos aprobado siempre la disposición del Derecho Romano contenida en las constituciones de los Emperadores, y querido que tal disposición sea cumplida en lo que es conforme a la razón y la equidad, y por lo que respecta a la subrogación de las antiguas hipotecas en beneficio de quienes presten sus dineros, y que la dicha subrogación no teniendo efectos en ventaja de los acreedores subsiguientes, que por estar pagados de los atrasos de su dinero a razón del denario dieciséis, no obstante haberse hecho tal reducción según nuestros Edictos y Declaraciones del dicho año 1601, estando satisfechos los antiguos acreedores hasta el día de la redención, a razón del interés convenido en sus contratos, no pueden sufrir ninguna pérdida: Nos, de nuestra cierta ciencia, pleno poder y autoridad real, hemos declarado y ordenado, declaramos y ordenamos, queremos y nos place que quienes faciliten sus dineros a los deudores de las dichas rentas constituidas al denario doce con estipulación expresa de poder suceder en las hipotecas de los acreedores que serán pagados con esos dineros, resultando haber sido empleados los mismos en el pago de esas rentas, atrasos y otras sumas por declaración de los deudores en el momento del pago y redención, queden

Para mejor comprender este Edicto conviene tener en cuenta que ya antes, otro Edicto de Carlos IX de 1576, había fijado en «denario doce», o sea un denario ² por cada doce, por año, la tasa

subrogados de derecho en los derechos, hipotecas, títulos, justificantes y acciones de dichos antiguos acreedores sin otra cesión o transferencia de los mismos.

MANDAMOS a nuestros amados y fieles consejeros, miembros de nuestro Parlamento, magistrados, senescales, y otros jueces nuestros y oficiales a quienes correspondía, que nuestro presente Edicto y Declaración, lo hagan leer, publicar y registrar, y de todo lo contenido en los presentes, hagan gozar y usar libremente y plenamente a los dichos deudores y otros que presten sus dineros en la forma y manera dicha sin permitir que sea incumplido en cualquier forma que sea: Puesto que tal es nuestro placer, etc. Dado en París en el mes de mayo del año de gracia 1609. Y de nuestro Reinado el vigésimo. Y sobre el pliegue. Por el Rey en su Consejo. Forget. Y al lado visado y sellado con cera verde sobre lazos de seda roja y verde.»

² Dice MERLIN (ob. cit., tomo 3.º, 3.ª ed., París, 1807, p. 512) la palabra «denier» en singular es el nombre de una antigua moneda de oro o plata que ha tenido un valor distinto según los tiempos. Pero si se habla de «deniers», en plural, designa las especies que circulan en el comercio y que sirven para comprar las cosas que se reciben a cambio (cfr. MERLIN, ob. cit., p. 514) puede comprender o una pluralidad de denarios o, lo que es más general monedas de uso en el tráfico jurídico o comercial, cualquiera que ésta sea, es decir dinero en general.

Aunque sólo sea por curiosidad histórica, es de interés citar la reforma monetaria que llevó a cabo Carlomagno, y que destaca Luis SUÁREZ FERNÁNDEZ (en su «Historia social y económica de la Edad Media Europea», 2.ª ed., Madrid, 1984, p. 91 y s.). Según este autor Carlomagno estableció el sistema monetario definitivo «que seguiría la Edad Media, y que se ha mantenido hasta hace pocos años en el sistema monetario británico: la libra... de 20 sueldos (chelines), y el sueldo de 12 denarios (peniques)...».

Conviene precisar que el «denier» o denario, era una de las muchas monedas que existían en Francia. Además, de la «livre», ya citada (y dentro de ella la «livre Hainaut», la «livre Flandre» y la «livre Artois»), y el «solde», también citado, he encontrado en diversos textos referencias al «patard» o «patar», el «liard» y el «ecu»). Algunas de estas designaciones, y proliferación de monedas son consecuencia de las concesiones para acuñarlas, otorgadas por los reyes. A partir de Carlos el Calvo según SUÁREZ (ob. cit., p. 92) «se conceden, primero a los obispos y luego a señores laicos, licencias para acuñar».

MERLIN (ob. cit., p. 512), citando a DAREAU, da noticia de que «antaño se distinguía el *denario tournes* (“denier tournais”), del *denario paris* (“denier paris”), del *denario viennes* (“denier viennois”) (aclaro que no se trata de Viena, capital de Austria, sino de Viennoise, región al este de Francia, capital Vienne), y del *denario tolza* (“denier tolza”)». Y explica a continuación que los denarios tourneses eran los que el arzobispo de Tours acuñaba con su sello, los parisís eran los que el rey mandaba acuñar en París, y valían un cuarto más que los precedentes: los vienneses eran los que el delfín de Viennois acuñaba con su signo, y valían el doble de los denarios tourneses. En cuanto a los denarios tolza, son los denarios toulousanos (de Toulouse), es decir una de las monedas de los antiguos condes de Toulouse (no deben confundirse, dice MERLIN, con los denarios touleses, moneda de los obispos de Toul. Cita a LAURIERE para indicar que en su glosario dice que el denario tolza vale dos denarios tourneses, y que el denario tolza moneda fuerte vale dos denarios y medio.

Por último, interesa señalar que el denario, según nos informa MERLIN (ob. cit., p. 512) era de plata fina bajo la primera estirpe de reyes franceses, y pesaba alrededor de 21 «granos» (el grano —«grain» en francés—, de que nos habla MERLIN, era una unidad de peso equivalente a 0,053 gramos).

Bajo la segunda estirpe, el denario tenía mayor peso: 28 «granos» en tiempos de Carlomagno y 32 bajo el reinado de Carlos el Calvo.

o tipo de las rentas e intereses, lo que, como dice Duranton («Cours de Droit civil français suivant le Code civil», tomo 7.º, 4.ª edición, Bruselas, 1841, p. 75) era una tasa demasiado elevada «pero las guerras civiles habían destruido el crédito y habían hecho escaso el dinero». Digamos que «un denario por doce» viene a ser un tipo del 8,33 por 100.

Enrique IV, por Edicto de 1601, redujo la tasa de las rentas al «denario dieciséis», es decir a «denario por dieciséis», lo que significa un tipo de 6,212 por 100. Pero, como se reconoce en el propio Preámbulo del Edicto de 1609, los deudores procuraban por todos los medios posibles hacerse con dinero suficiente para pasar a la constitución de una nueva renta³ al tipo más bajo de-

En el comienzo de la tercera estirpe, los denarios eran todavía de plata fina de 23 a 24 «granos». Hacia el final del reinado de Felipe I, se empezó a alearlo con cobre: y bajo San Luis, el denario era de «billón» (expresión, según creo, con la que se entiende que esta moneda no tenía un valor intrínseco que alcanzara el valor facial) y apenas contenía 6 «granos» y medio de plata. Después el valor intrínseco del denario ha ido siempre disminuyendo, de suerte que bajo Enrique III y en tiempos posteriores ya no ha sido más que de cobre puro. Pero el propio MERLIN hace la observación de que también hay denarios de oro bajo el reinado de San Luis y bajo el del rey Juan.

En el tiempo que escribe MERLIN, nos dice que «el denario hoy entre nosotros no es más que el valor legal de la duodécima parte de una moneda de cinco céntimos...». Y en París y en casi todas las ciudades del Reino, con excepciones, «los denarios, es decir, esa pequeña moneda de cobre de que hablamos, ya no son recibidos en el comercio, y no se fabrican».

³ Aclaremos los conceptos para mejor comprensión de los textos que se refieren a ellos:

«Rente fonciere»: La he traducido por «renta sobre inmueble». La define MERLIN (ob. cit., tomo XI, París, 1809, p. 89) diciendo que «es el derecho a percibir un canon fijo anual sobre un fundo, en frutos o en dinero, y que debe pagar el detentador del fundo». MERLIN advierte las diferencias notables en este punto entre la antigua y la nueva legislación francesa. Ahora nos referimos a la antigua legislación. Cuando el dueño del fundo lo enajena a cambio de una renta bien a su provecho o al de un tercero, el contrato es llamado «bail a rente» («bail» aquí se emplea en el sentido de enajenación o quizá mejor: venta): y la renta, que es el precio de la enajenación, constituye lo que se llama propiamente hablando «rente fonciere» (renta sobre inmueble).

«Rente seigneuriale». Dice MERLIN (ob. cit., tomo XI, p. 114) que el carácter general de las rentas sobre inmuebles es la de ser establecidas *in traditione fundi*. No hay más cargas reales que las que han sido reservadas a propósito de la tradición del fundo sobre el cual se han impuesto. Este principio se aplica singularmente a los derechos señoriales cuya esencia está en hallarse unidos a un dominio directo, dominio que supone necesariamente la concesión de un dominio útil. Ni que decir tiene que estamos pensando en este momento en la enfiteusis.

«Rente constituée», o renta constituida. La constitución de renta —dice MERLIN (ob. cit., tomo XI, p. 53)— «es un contrato por el cual una de las partes vende a otra una renta anual y perpetua de la que se constituye deudora por un precio convenido, que debe consistir en una suma de dinero que recibe del adquirente de la renta, con facultad de poder redimir esta renta cuando lo crea oportuno pagando el precio recibido, y sin que pueda ser obligada a dicha redención». No es un derecho real, carga de un fundo, pero ello se entiende sin perjuicio de que pueda garantizarse su pago constituyendo una hipoteca sobre determinado fundo.

cretado del 6,212 (digámoslo así para su mejor comprensión, en el referido Preámbulo se habla del «denario dieciséis»). Ahora bien, ocurrió que para obtener las sumas de dinero que necesitaban los deudores, se les imponía la condición de que les subrogasen los antiguos acreedores en las hipotecas, acciones y derechos que tuviesen frente al deudor. Y los antiguos acreedores se resistieron, como es fácil de comprender, a aceptar el reembolso de los capitales colocados al 8,33 por 100 (a un denario por doce) cuando la nueva colocación del dinero iba a ser al 6,212 por 100 (a un denario por cada dieciséis). Esta fue la razón fundamental que movió a Enrique IV a dictar el Edicto de 1609.

La finalidad de este Edicto fue, por tanto, el facilitar la práctica de las reducciones de las tasas de renta. Esto planteó después muchas dudas relativas a la posibilidad de aplicación a otras obligaciones, dudas que, según Merlin (ob. y loc. cit.) fueron aclaradas por decisiones del parlamento de Rouen y del de Paris, ésta última de 6 de julio de 1690, en el sentido de darle una mayor generalidad.

Domat («Les lois civiles dans leur ordre naturel. Le Droit public, et *legum delectus*», nouvelle edition, tomo 1.º, París, 1777, p. 241) sostuvo que «para adquirir, sin autoridad de justicia, el derecho de un acreedor a su hipoteca, basta una de las dos cosas: o que el que paga el crédito acepte la transmisión del crédito... o que pacte con el deudor que, pagando por él, quedará subrogado, y que en tal caso se haya hecho mención en el pago, que se ha efectuado con sus denarios. Ya que entonces, aunque el acreedor rehúse la subrogación, el que le paga adquirirá su derecho por efecto del pago y de la convención con el deudor. Y lo mismo ocurrirá si, habiendo sido puestos los dineros prestados en manos del deudor con pacto de que el que presta quedará subrogado, el deudor mismo efectuase *en seguida* el pago, declarando en la carta de pago que se trata de los dineros tomados a préstamo de esta persona. Pero si el pago no se hace más que sobre la simple carta de pago del acreedor, y no se ha acompañado de una u otra de las dos maneras de adquirir la subrogación, no producirá al que paga más que una simple acción contra el deudor para recuperar contra él la suma pagada para su liberación, aunque se hubiese hecho mención en la carta de pago de que se trataba de los dineros de ese tercero. Ya que se podría presumir que él no habría liberado más que lo que él debía».

Pothier («Coutume d'Orleans», en «Oeuvres de Pothier», tomo 17-III.^a, París, 1822, p. 285 y s.), entiende que en tema de subro-

«Rente viagère». Es la renta vitalicia. MERLIN (ob. cit., tomo XI, p. 131) indica que el contrato de constitución de «rente viagère» es un contrato por el cual una de las partes adquiere de la otra, a cambio de cierta cantidad, una renta anual durante la vida de una o de varias personas.

gación por convención del nuevo acreedor con el deudor, los principios del sistema francés son diferentes de los del Derecho romano. Con cita del fragmento de Marciano antes transcrito, estima que el nuevo acreedor —en el Derecho romano—, no adquiere el derecho del antiguo, que se extingue por el pago: adquiere solamente un derecho de hipoteca que coloca al nuevo acreedor en el mismo rango que tenía el antiguo, por delante de los acreedores intermedios, y tal derecho no lo adquiere del antiguo acreedor, sino del deudor que es quien lo concede, por lo que esta subrogación no podría tener lugar si el deudor hubiese dejado de ser propietario de las cosas hipotecadas al primer acreedor, al no poder conceder un nuevo derecho de hipoteca sobre cosas que ya no son suyas.

En cambio, dice Pothier, «siguiendo los principios del derecho francés contenidos en la declaración del rey Enrique IV, del mes de mayo de 1609, y en el reglamento de la corte de 1690, vulgarmente llamado Decreto de las subrogaciones» («Arreté des subrogations»), cuando un nuevo acreedor da sus dineros al deudor, con la carga de que sirvan al pago del antiguo acreedor y de que sea subrogado el nuevo, una vez que en consecuencia el pago se ha efectuado, el nuevo acreedor no adquiere sólo los mismos derechos de hipoteca que tenía el antiguo, sino que el antiguo acreedor, o la ley por él, se considera le han hecho cesión de su crédito; y puede, en consecuencia, ejercer todas las acciones derivadas del mismo, no solamente contra su deudor a quien le ha dado sus denarios, sino contra todos los coobligados y garantes que estaban obligados hacia el antiguo acreedor, y contra todos los detentadores de los bienes hipotecados a favor de dicho antiguo acreedor, aunque el deudor haya cesado después de ser propietario de los mismos.

Pothier analiza los requisitos exigidos por el reglamento de 1690 para que tenga lugar la subrogación y que son:

1.º Que el título de crédito del nuevo acreedor conste en escritura otorgada ante notarios.

2.º Que contenga la cláusula de que los denarios serán empleados para pagar al antiguo acreedor y que el nuevo será subrogado.

3.º Que (el título) sea de una fecha que preceda a la del pago, o al menos, de la misma fecha.

4.º Que la carta de pago otorgada en consecuencia, sea también solemnizada ante notarios.

5.º Que se haga mención, en esta carta de pago, que el pago se ha efectuado con los denarios del nuevo acreedor.

Cuando concurren estos cinco requisitos —añade— la subrogación tiene lugar de pleno derecho, sin que sea necesario que haya sido expresamente requerida en el momento del pago, ni mucho menos que haya sido consentida por el acreedor.

Contrariamente al criterio de Domat, que ya hemos visto, Pothier (ob. cit., p. 286) estima que *no importa el tiempo que transcurra* entre el préstamo hecho por el nuevo acreedor y el pago efectuado al antiguo.

Después la figura que estudiamos la mantuvo el Código civil francés, y ha pasado en definitiva a nuestro Código civil.

El art. 1.250 del Código civil francés, se inspira en esos precedentes cuando después de indicar en el 1.249 que la subrogación en los derechos del acreedor a favor de una tercera persona que le paga, es o convencional o legal, dispone:

«Esta subrogación es convencional:

1.º Cuando el acreedor al recibir el pago de una tercera persona, la subroga en sus derechos, acciones, privilegios o hipotecas contra el deudor: esta subrogación debe ser expresa y hecha al mismo tiempo que el pago.

2.º Cuando el deudor toma a préstamo una cantidad a fin de pagar su deuda, y de subrogar al prestamista en los derechos del acreedor. Para que esta subrogación sea válida es preciso que tanto el préstamo como la carta de pago sean otorgados ante notarios; que en la escritura de préstamo se declare que la cantidad ha sido prestada para hacer el pago, y que en la carta de pago se declare que el pago ha sido hecho con dinero entregado a tal efecto por el nuevo acreedor. Esta subrogación opera sin el concurso de la voluntad del acreedor.»

El Código civil italiano de 25 de junio de 1865 sigue en su art. 1.252, las líneas del Código civil francés, con la misma redacción, salvo que en lugar de decir que «sean otorgados ante notarios» dice «tengan fecha cierta».

En España, interesan los arts. 1.119 y 1.120 del Proyecto de 1851, que estaban así redactados:

Art. 1.119. «La subrogación convencional puede hacerse también por el deudor sin consentimiento del acreedor, cuando paga la deuda con una cantidad que ha tomado prestada, y subroga al prestamista en los derechos y acciones del acreedor primitivo.»

Art. 1.120. «Para que la subrogación surta efecto con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior, se requiere además:

1.º Que el préstamo y pago consten en escritura pública.

2.º Que en la escritura de préstamo conste haberse tomado éste para hacerse el pago, y en la de pago, que éste se ha hecho con el dinero tomado a préstamo» («Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español» por el Excmo. Sr. D. Florencio García Goyena, III, Madrid, 1852, p. 142).

Por su parte, el art. 1.211 del Código civil español dispone que: «El deudor podrá hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en

ella, y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada.»

Doctrinalmente, desde el punto de vista jurídico, la figura de la subrogación por consentimiento del deudor no parece encontrar en los autores una explicación razonable.

Los comentaristas han manifestado su extrañeza de que en una figura como la subrogación, el pago que normalmente extingue la obligación, aquí la deja subsistente aunque con distinto acreedor. Y en general subrayan lo anómalo de la hipótesis de estos preceptos: un deudor, por su sola voluntad consiente la subrogación en beneficio del nuevo acreedor.

Laurent («Principii di Diritto Civile», vol. XVIII, 2.^a ed. italiana, Milán, s/a, p. 40) entiende que el origen de esta especie de subrogación explica esta figura, si no como institución jurídica, al menos como institución útil. Pero después de manifestar (ob. cit., p. 39) que «esta subrogación es contraria a todos los principios», añade: «¿Se puede concebir que el deudor ceda los derechos pertenecientes al acreedor? La subrogación es una cesión ficticia: la ficción se comprende cuando la cesión está hecha por quien es el titular del crédito, pero no se puede admitir que el deudor ceda los derechos que, contra él, corresponden al acreedor...».

Y Planiol y Ripert («Traité pratique de Droit civil français», tomo VII, Obligations, 2.^a parte, París, 1954, p. 630): «hay aquí algo extraño: el deudor dispone a su antojo de un bien, el crédito, que no le pertenece; lo toma en cierto modo del patrimonio de su antiguo acreedor para transmitirlo al nuevo. Es un acto tan anormal que es imposible dar de él una justificación teórica; no puede explicarse más que por razones imperiosas de utilidad práctica. En efecto, permite al deudor procurarse fácilmente mediante un préstamo a bajo interés o a plazo más largo, los fondos necesarios para liberarse de su primera deuda, ofreciendo al prestamista el beneficio de la subrogación, sin temor alguno a la mala voluntad del acreedor...».

III. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

En principio la figura de la subrogación producida en virtud de los préstamos concedidos al deudor para pagar una deuda garantizada con hipoteca, se rige por el Código civil, salvo que se hallen acogidos al ámbito de actuación de la Ley 2/1994 a que nos referiremos después. Puede ocurrir que un préstamo reúna parte, pero no todos los requisitos que exige la Ley 2/1994. No me parece dudoso que podrán otorgarse al amparo de lo dispuesto en el art. 1.211 del Código civil, y, claro está, con las consecuencias civiles, hipotecarias y fiscales del régimen general, sin que

a los mismos pueda aplicárseles los beneficios de la mencionada Ley.

1. Naturaleza jurídica

Se ha tratado de explicar la institución que examinamos desde variados prismas, o puntos de vista no siempre satisfactorios:

Se habla de una cesión del crédito del antiguo acreedor operado a favor del nuevo (algunos autores la califican de «cesión ficticia»), pero, ficticia o real, ¿por la sola voluntad del deudor? ¿Y con todas las consecuencias de una cesión de créditos?

Como una variante de la anterior: se ha hablado también de una cesión forzosa del crédito, cuando concurren los requisitos exigidos por la ley.

Quizá esta idea mejore la anterior. Pero mejor aún, y menos comprometido, será hablar de «transmisión», o «transferencia», tal como lo hace el art. 1.212 del Código civil («La subrogación —dice este precepto— *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»), porque como enseñan Díez-Picazo y Gullón («Sistema de Derecho civil», vol. II, Madrid, 1990, p. 262) el acreedor que transmite el crédito por subrogación no es un cedente, con la consecuencia —que apuntan estos autores— de que no responderá de la existencia ni legitimidad del crédito, ni de la solvencia del deudor.

Toullier (ob. cit., p. 72) detalla que a diferencia de la subrogación consentida por el acreedor, cuando la subrogación es consentida por el deudor, o concedida por la ley y operada por el pago, los acreedores del antiguo acreedor, nada pueden pretender sobre los derechos de este último, que, por lo que a él respecta, se hallan irrevocablemente extinguidos, aunque la ley «por su omnipotencia», los haga subsistir, o los sustituya por otros parecidos en beneficio del subrogado.

Y claro está que cualquiera que sea la naturaleza que se le asigne a esta subrogación, tiene más de legal que de convencional. Será convencional en su origen, en las relaciones entre el deudor y el nuevo acreedor. Pero más allá de este círculo, en cuanto toca a la esfera de los intereses del acreedor primitivo, y desde luego de los acreedores intermedios, la subrogación es indiscutiblemente más legal que convencional. Precisamente si fuera convencional probablemente se frustraría más de una subrogación por no interesar al acreedor antiguo.

La subrogación se produce en el crédito del antiguo acreedor, con todos los derechos anejos, incluso la hipoteca. Yo diría principalmente la hipoteca. El crédito del antiguo acreedor, ya hemos

dicho que ha de ser dinerario. Pero no necesariamente derivado de otro préstamo.

¿Acaso se produce aquí un fenómeno de prestidigitación jurídica? El nuevo acreedor, prestador o prestamista, producida la subrogación, ¿pasa a ostentar la titularidad del crédito del antiguo acreedor, que bien pudiera ser un crédito que, aun siendo dinerario, no derive de un contrato de préstamo?

Lo veremos al estudiar los efectos de la subrogación.

2. Finalidad o ventajas de la subrogación

Para el deudor, la posibilidad de obtener mejores condiciones en la deuda que tiene contraída, especialmente la obtención de un tipo más bajo de interés.

Para el nuevo acreedor, la posibilidad de lograr una inversión de sus capitales aprovechando las garantías ya existentes en beneficio del primitivo acreedor que va a quedar reintegrado, en particular la garantía hipotecaria, con el mismo rango y, por tanto, sin que le perjudiquen las posibles cargas posteriores.

3. Peligros de fraude en la utilización de esta figura

Al regular la subrogación por consentimiento del deudor, el legislador ha tratado precisamente de evitar los posibles fraudes que podrían cometerse con la utilización de la misma. Los autores lo han puesto de relieve (por ejemplo Laurent, ob. cit., pp. 44 y ss.).

Así, un posible caso de fraude: cuando el dueño de la finca gravado con dos hipotecas a favor de personas distintas, paga al primer acreedor. En principio la segunda hipoteca asciende de rango. Si después el dueño de la finca necesita dinero difícilmente lo encontrará cuando el inmueble está hipotecado. Pero con el fin de garantizar al nuevo prestamista, da al préstamo una fecha anterior al pago de la deuda con el primer acreedor como si hubiese tomado el dinero a préstamo para pagar al mismo. El acto es fraudulento en perjuicio del segundo acreedor. Con el fin de evitarlo ya veremos que se exige la escritura pública evitando así la antedatación del préstamo.

Otro caso: el deudor paga al antiguo acreedor hipotecario con dinero propio del deudor. Pero a la vista de futuras eventualidades, quiere procurarse fraudulentamente el medio de recuperar el dinero o parte del dinero pagado al antiguo acreedor. A tal fin simula un préstamo y subroga al mutuante ficticio en los derechos del acreedor: paga al acreedor con dinero propio pero hace constar que el dinero lo ha tomado a préstamo. Después, con la compli-

cidad del mutuante ficticio, podrá éste presentarse en juicio con prelación a los acreedores posteriores, que realmente quedarán despojados de sus derechos a consecuencia de este fraude. La escritura pública aquí imposibilita el fraude, o al menos lo hará muy difícil.

Otro caso: el deudor se dirige sucesivamente a dos posibles prestamistas para tomar a préstamo la misma suma con la misma subrogación. Si los dos consienten dar a préstamo una cantidad, uno de ellos quedará engañado. También aquí la escritura pública seguida de presentación inmediata en el Registro de la Propiedad hace muy difícil el fraude.

Otro caso de posible fraude, y esta vez en relación más que con el préstamo con la carta de pago: El deudor ha pagado a su acreedor hipotecario, en tiempo pretérito. Ahora consigue un nuevo préstamo y con la complicidad del antiguo acreedor obtiene de éste una carta de pago como si hubiese recibido el pago solamente ahora. Mediante esta actuación fraudulenta hace revivir el crédito del antiguo acreedor y lo extingue simuladamente con el nuevo préstamo. También aquí la escritura pública puede impedir o dificultar en grado sumo tal fraude.

Ya veremos cómo los requisitos exigidos por la ley tratan de evitar estos fraudes.

4. Sujetos

En la operación se hallan interesados de modo inmediato: el deudor, el antiguo acreedor y el nuevo, aunque los efectos de la operación tendrán o podrán tener, consecuencias, sobre otras personas como son los acreedores intermedios.

A) DEUDOR

En principio no importa la clase de deuda, esté o no esté asegurada con hipoteca o con cualquier otra clase de garantía. La jurisprudencia francesa así lo ha admitido. Por ejemplo, Sentencia de la Sala de lo civil de la Corte de casación de 7 de junio de 1978 respecto al asegurador que paga la indemnización debida en ejecución del contrato de seguro por responsabilidad de un notario.

Lo que ocurre es que en la práctica donde puede haber más interés en esta subrogación es en los supuestos de créditos privilegiados, y más precisamente en los supuestos en que el pago de la deuda se halle garantizada con hipoteca, máxime si existen otros acreedores hipotecarios intermedios. Y como ya hemos dicho. la razón de ser de la norma se halla actualmente en el fenó-

meno del descenso generalizado de los tipos de interés, pero en relación con los supuestos de préstamos, y dentro de los préstamos, los hipotecarios.

Con referencia al Código civil francés, dice Toullier («Le Droit Civil français, suivant l'ordre du Code civil», tomo 4.º, Bruselas, 1848, p. 65) que las disposiciones del mismo sobre la subrogación, o sobre la transmisión de las acciones y privilegios de los acreedores, se refieren a aquellos privilegios que interesan a otros acreedores. «Tales son —añade— los derechos de hipoteca y los privilegios que dan a un crédito una preferencia sobre los otros. Es a la vista de la transmisión de estos derechos por lo que la ley ha debido tomar precauciones para impedir los fraudes, tan fáciles de cometer en perjuicio de los acreedores posteriores o quirografarios: es por ello por lo que exige imperativamente que el destino y la declaración de empleo de los dineros prestados se expresen mediante actos auténticos.»

Digamos, en fin, que aun cuando la subrogación se lleva a cabo —si se cumplen los demás requisitos— cualquiera que sea la naturaleza de la deuda, en la práctica donde se han producido los intentos y las necesidades o conveniencias de acudir a esta figura, ha sido, recientemente, en las deudas derivadas de un préstamo. Sin olvidar que históricamente, según hemos podido apreciar antes, la figura que determinó el resurgir de esta subrogación en el año 1609, fue precisamente la de la renta.

En todo caso debe tratarse de un obligado, por determinada relación jurídica, a pagar a otra persona alguna cantidad. No lo dice así expresamente el Código. Pero lo que sí dice es que el deudor podrá hacer la subrogación cuando para pagar la deuda haya tomado prestado *el dinero* por escritura pública. Es decir, que en definitiva se trata de cumplir la deuda con entrega de dinero. Obligación, por tanto, dineraria.

Ha de ser *un deudor*. Por tanto, sin perjuicio de que por otros mecanismos pudiera obtenerse el mismo o análogo resultado, no será aplicable este precepto a la hipótesis en que un acreedor pague a otro acreedor preferente. Como dice Laurent (ob. cit., p. 42) el precepto se refiere al *deudor* que toma dinero a préstamo, y el acreedor que paga a otro acreedor preferente no es un deudor. Esta hipótesis se sale de la letra del código, y no puede encontrar apoyo en el espíritu de la norma. El acreedor que paga a otro acreedor preferente no lo hace, ciertamente, para aprovecharse de una reducción o rebaja del tipo de interés. Y aun cuando tenga otras razones para hacerlo, no deben bastar para admitir o extender la norma del precepto que establece la subrogación.

El mismo autor plantea el caso del *comprador de un inmueble hipotecado* que emplea el precio en el pago del crédito garantizado con hipoteca sobre la finca que ahora compra, para lo cual y con tal finalidad toma dinero a préstamo. A mí me parece que cuando

el precio (o parte del precio) se paga mediante subrogación del comprador en las obligaciones derivadas de la hipoteca que grava la finca, está asumiendo la deuda, tenga o no carácter de asunción liberatoria de dicha deuda por lo que respecta al vendedor, es decir, libere o no al vendedor en virtud de dicha asunción, el comprador puede ser considerado como *deudor* del acreedor hipotecario inscrito, al que le debe ser aplicable la norma del art. 1.211. Pero Laurent (ob. cit., p. 43) argumenta: «La ley subroga al adquirente que paga a los acreedores inscritos sobre el inmueble vendido. ¿Respecto de quién lo subroga? Naturalmente respecto de los acreedores por él satisfechos: por tanto el comprador que paga el precio con dinero propio queda subrogado en los derechos de los acreedores: en consecuencia, si desinteresa (separa) a sus acreedores con dinero tomado a préstamo, subroga al mutuante en los derechos de los mismos acreedores». Y añade: «esta consideración me parece decisiva».

B) ACREEDOR ANTIGUO

Se halla en la parte activa de la obligación examinada que ahora se trata de pagar mediante el dinero obtenido de un préstamo otorgado por el nuevo acreedor. Ahora, como antes, el acreedor normalmente se resiste a perder la «colocación» de su dinero a un interés respetable que va a ser cambiado por un interés bastante inferior. Pero ya veremos que la subrogación se produce aun contra la voluntad del antiguo acreedor si se cumplen los requisitos legales.

C) NUEVO ACREEDOR

Cualquiera persona puede acogerse a esta figura. Que de hecho se trate de acudir a ella por entidades de crédito, no quiere decir que no pueda hacerlo una entidad de distinta naturaleza, o una persona física. Ha de tratarse de una persona que entregue dinero a préstamo a otra persona que ya es deudora de otro u otros acreedores.

Ya en el Edicto de 1609 antes transcrito se hacía referencia a los que prestaren, es decir, a los que dieran dinero a préstamo. En nuestro Código civil no hay la menor duda de que debe tratarse de un préstamo en dinero.

5. Requisitos

Podemos sintetizar los requisitos exigibles con arreglo a nuestro Código civil, en los siguientes:

1.º *Existencia de una deuda.* Más que requisito, es un presupuesto para la aplicación de los demás a que vamos a referirnos. Ya hemos hablado de la clase de deuda.

¿Debe constar en escritura pública? No lo exige la ley. Pero, no obstante, en la práctica, si se tiene en cuenta la finalidad de la subrogación, difícilmente se encontrará un supuesto en que un nuevo acreedor acuda a esta figura para subrogarse en un crédito quirografario. Rayaría en lo absurdo. Lo que quiere el nuevo acreedor es buena inversión, y garantía. Y la mejor garantía es la real, y concretamente la hipotecaria (sin descartar una fianza que estuviera constituida en unas condiciones que dicho sea de paso no será fácil encontrar). Si el nuevo acreedor quiere aprovecharse de la ventaja que supone el colocarse en el mismo lugar y rango del antiguo acreedor hipotecario satisfecho, se da por supuesto que su crédito (y obviamente la deuda de que se deriva) constará al menos en la escritura de constitución de hipoteca.

2.º *Que el deudor haya tomado prestado dinero.* No basta que otra persona entregue dinero al deudor. Es necesario que la entrega se haga a préstamo. Así resulta claramente del texto literal del código. Y no parece que pueda aplicarse la analogía en esta materia.

Sin embargo, es frecuente en los comentaristas la opinión de extender la hipótesis legal a otros en que exista identidad de razón (por ejemplo Butera, «Pagamento con surrogazione», en «Il Digesto Italiano», vol. XXIII, parte primera, Turin, 1925, p. 164). Y muchos de quienes así piensan llegan a alegar la tradición histórica, con cita del Edicto del 1609, y diciendo que en éste se habla no de prestadores o de prestamistas sino de quienes suministren o faciliten los dineros («... ceux qui fourniront leurs deniers...»). Sin embargo, si se lee atentamente tal Edicto, se verá que, al menos dos veces se habla de los «que presten» sus dineros («... ceux qui presteront leurs deniers...»), y «... autres qui presteront les dits deniers...»).

Ciertamente se invoca también el caso francés en que un padre da en dote a su hija una cantidad de dinero, estipulándose en la constitución de la dote que el dinero dotal se empleará en la extinción de un débito hipotecario mediante subrogación, y en que los tribunales franceses entendieron aplicable la subrogación en base al art. 1.250 del Código civil francés. La verdad que si no hay otros casos que el de la dote, suprimida ésta por nuestra legislación carece de interés su examen actualmente. Queda en pie no obstante la posible aplicación a otros supuestos que guarden analogía. Mi opinión es que el precepto del art. 1.211 debe con-

cretarse a las hipótesis que contempla, es decir, a los supuestos de préstamo.

Debe constar en la escritura la entrega de la cantidad prestada, bajo cualquiera de las modalidades de entrega reconocidas en derecho. La doctrina de los comentaristas del código napoleónico está dividida en cuanto al tema de si es posible que la entrega de la cantidad prestada se efectúe mucho antes de la formalización de la escritura de préstamo. Por mi parte no creo recomendable ni aceptable por regla general que el prestatario *confiese recibida la cantidad*. Al menos dicho así, con esa generalidad.

Digo por regla general, sin excluir que en algún caso concreto pueda realizarse (supuestos en que no ha ido seguido de pago al antiguo acreedor, y en que además pueda hacerse referencia cierta al modo en que ha sido entregada dicha cantidad). Y digo eso porque los supuestos de confesar recibida la cantidad en tiempo pretérito generalmente van acompañada de pagos que se han hecho también en tiempo pretérito al primitivo acreedor sin guardar los requisitos legales. Se trata también en los casos generales de préstamos otorgados sin cumplir las exigencias de la ley, concretamente sin escritura pública y sin que en ese momento se haga constar el destino de la cantidad prestada. Son préstamos que podríamos llamar «ordinarios» en contraposición a los «préstamos con subrogación». En la mayor parte de los casos con el dinero obtenido se paga al acreedor sin que en la carta de pago o recibo del acreedor se haga constar la procedencia del dinero. Luego se trata de acomodar en tiempo futuro esa conducta a los requisitos legales. Pero lo evidente es que tales requisitos no se han cumplido. Y, probados tales hechos, parece que la conclusión lógica sería la de que la obligación quedó extinguida. Podría pensarse en una colaboración del acreedor primitivo, pero conviene tener presente que en el tema hay o puede haber más interesados: los acreedores intermedios a los que se pretende anteponer ahora el nuevo y que tendrán también algo que alegar respecto del incumplimiento de los requisitos legales. No creo exagerar si afirmo que difícilmente podría inscribirse en el Registro de la Propiedad tal escritura.

En definitiva, si se quiere evitar fraudes parece que tal fórmula debe rechazarse como posible vehículo de los mismos, ya que permitiría que el dinero se entregase mucho tiempo antes de la formalización de la escritura de préstamo sin el cumplimiento de los requisitos legales, y con posible lesión a los derechos de acreedores intermedios.

El código exige que el deudor «haya tomado prestado el dinero por escritura pública». No puede propiamente decirse que el dinero se tomó prestado en su día en escritura pública cuando dicho préstamo se llevó a cabo sin escritura pública. Es ahora cuando, transcurrido un tiempo se pretende otorgarla, renovando la mani-

festación de la voluntad negocial ante Notario, pero en cuyo acto ya sólo cabe hacer referencia a la anterior entrega de la cantidad.

3.º *Que el dinero se haya tomado a préstamo precisamente para pagar tal deuda.* O dicho de otro modo, que se exprese en la escritura de préstamo el destino de la cantidad prestada que ha de ser, por hipótesis, el pago de la determinada deuda a que se refiere la operación. Así se deduce del art. 1.211 del Código civil: «cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública, *haciendo constar su propósito en ella.*» Es evidente que la subrogación que se pretende se refiere a un crédito determinado, por tanto, a una deuda determinada. Si, como veremos, deberá efectuarse la pertinente declaración en la escritura de préstamo y en la carta de pago, del empleo y de la procedencia, respectivamente, del dinero aplicado, ¿cómo es posible hacer referencia en la escritura de préstamo al empleo que ha de darse a la cantidad prestada sin determinar la deuda a que se debe aplicar?

De la letra del art. 1.211 parece que cuando habla de *su propósito*, se refiere al deudor, y que es éste quien debe hacer la declaración. Baudry-Lacantinerie y Barde («Trattato teorico-pratico di Diritto Civile-Delle obbligazioni», vol. 2.º, Milán, 1915, p. 649 y s.) con referencia al art. 1.250.2.º del Código civil francés, en donde la letra del precepto dice «... que en la escritura de préstamo se declare que la cantidad ha sido prestada para hacer el pago...», entienden que la ley no preceptúa que estas declaraciones provengan de una de las partes mejor que de la otra. «Basta solamente —dice— que se hayan hecho. No surgiría por tanto una causa de nulidad, si el mutuante, en la escritura de préstamo, declarase el destino del dinero dado a préstamo, o si el mismo acreedor, en la carta de pago, constatase el origen del uso de este dinero».

Por mi parte, creo que este problema que ha preocupado mucho a la doctrina debido a la más vaga redacción en este punto del art. 1.250.2 del Código civil francés, puede minimizarse si se considera que: en cuanto al préstamo, como quiera que deberá ser otorgado por prestamista y prestatario, póngase en boca de uno o de otro el referido «propósito» no cabe la menor duda de que ambos concuerdan en él desde el momento en que los dos otorgarán la escritura y, obviamente, ninguno de ellos hará salvedad expresa en cuanto a este punto; y en cuanto a la carta de pago, si concurren ambas partes al otorgamiento, me remito a lo expuesto, y si la otorga sólo el acreedor, evidentemente deberá ser éste quien lo manifieste.

4.º *Que el préstamo se solemnice en escritura pública.* La exigencia de dicha escritura, así como los demás requisitos impuestos por la ley, tratan —según hemos visto— de evitar el fraude a terceros.

5.º *Que se pague efectivamente la deuda y en la carta de pago se exprese la procedencia de la cantidad pagada.* El pago de la deuda es tan obvio que no se hace mención expresa en el art. 1.211.

Butera (ob. cit., p. 164) estima que el pago del dinero debe hacerse por el deudor de su propia mano, o por un mandatario suyo, sin que sea necesario en este caso que el mandato resulte de acto auténtico.

Conviene en este punto hacer algunas matizaciones: el préstamo, como contrato real, y además por hipótesis en el caso que contemplamos, requiere la entrega del dinero por el prestamista al prestatario, y precisamente del dinero con el que va a ser pagada la deuda, y con esa finalidad (además de la de subrogación). Pero de ahí a que el pago de la deuda tenga que hacerlo personalmente el deudor ya es otro cantar. Más aún, es aconsejable en la mayor parte de los casos que lo haga el acreedor. Un criterio de elemental prudencia aconseja que sea el acreedor el que lleve las riendas de la operación, cuidando del efectivo empleo del dinero para pagar al antiguo acreedor, y de que al efectuarse el pago se obtenga carta de pago en el que se haga constar la procedencia de la cantidad pagada, tal como establece el art. 1.211. De hecho, en los préstamos bancarios, después de hacerse constar la entrega del dinero, queda autorizado el propio banco (con una u otra fórmula, generalmente en la propia escritura) para encargarse de efectuar el pago al antiguo acreedor, bien a través de su organización, o bien a través del propio notario autorizante de la escritura. Tampoco hay inconveniente en que tal autorización o mandato conste en documento separado que no precisa sea auténtico.

El art. 1.211 no se refiere al pago sino a la carta de pago, dando por supuesto aquél, y exigiendo que en la carta de pago se exprese la procedencia de la cantidad pagada.

Es otra de las cautelas exigidas por el Código civil con la misma finalidad de evitar fraudes. No exige en cambio el art. 1.211 que la carta de pago se otorgue en escritura pública. Pero de hecho, en la práctica se acudirá a ella cuando se trate de subrogación en préstamos hipotecarios, o cuando se pretenda una prueba segura. Ni que decir tiene que, si concurren (y colaboran) los interesados, o sus representantes, podrían otorgarse en una sola escritura tanto el préstamo como la carta de pago.

No es necesario, en cambio, que conste expresamente una voluntad concorde del deudor y del nuevo acreedor, acerca de la conservación de la hipoteca (y subrogación en ella), como, por el contrario, se exigía en el Derecho romano en el fragmento de Paulo antes citado (*L.3, Dig. quae res pign. 20,3*) y del que antes nos hemos ocupado.

Y es que, siguiendo a Toullier (ob. cit., p. 65), diremos que si ya existe la declaración en el préstamo acerca del destino de

la cantidad prestada, y si existe en la carta de pago la declaración de la efectividad de dicho empleo, no hace falta ya una nueva declaración expresa acerca de la subrogación. Las dos primeras declaraciones antes referidas, son suficientes —como dice Toulhier— «para manifestar, sin equívocos, la voluntad de subrogar en los derechos del acreedor al tercero que presta su dinero para pagar; de otro modo ¿cómo explicar la declaración acerca del destino de la cantidad prestada inserta por el deudor en la escritura de préstamo; y la declaración de la efectividad del empleo que hace insertar en la carta de pago, al pagar al acreedor?»

«Serían —añade— dos cláusulas perfectamente inútiles y no deben presumirse en las escrituras. Es preciso interpretar las cláusulas en el sentido en que produzcan efecto (cita el art. 1.157, Código civil francés, equivalente a nuestro 1.284). Por tanto de esas dos cláusulas resulta un convenio tácito de subrogación del prestamista, y esta convención es, a la luz de la razón, suficiente para la transmisión de las hipotecas así como de las acciones personales...»

En cuanto al tiempo en que debe realizarse el pago, no hay duda que debe ser posterior (o a lo más simultáneo) al otorgamiento de la escritura de préstamo, según puede deducirse de la propia letra del art. 1.211. Y es lógico que sea así. Si el pago se efectúa por el deudor antes del otorgamiento de la escritura de préstamo (después en la escritura el deudor confiesa recibida en tiempo anterior la cantidad prestada, procedimiento a mi juicio incorrecto) no cabe ya subrogación puesto que tal pago extinguió la obligación, precisamente por pago o cumplimiento, y no cabe subrogación en un crédito ya inexistente.

Ahora bien supuesto que el pago debe ser posterior (o simultáneo) al otorgamiento de la escritura de préstamo, se plantea también la interrogante acerca de si dicho pago posterior a la escritura de préstamo debe efectuarse o intentarse de inmediato o dentro de un plazo o sin sujeción a plazo.

Ya vimos antes las dos opiniones contrapuestas de Domat y de Pothier. El art. 1.211 no señala plazo, y la mayor parte de la doctrina extranjera comentando análogos preceptos de sus códigos entiende que puede ser efectuado sin sujeción a plazo. Creo, no obstante, que aunque esto sea así, no debe olvidarse que el primer interesado en no retrasar tal requisito es el propio nuevo acreedor que cuidará de que se lleve a cabo por su propio interés, y en todo caso, y teniendo en cuenta el interés de acreedores posteriores en rango, debe realizarse en un tiempo prudencial. ¿Cuál?

Duranton («Cours de Droit français suivant le Code Civil», 4.^a ed., Bruselas, 1841, p. 77) explica que la ley no fija el tiempo en el cual debe ser realizado el pago, porque en efecto es imposible fijar un plazo, ya que el pago puede tener que efectuarse en un lugar alejado de aquél en que el préstamo se ha otorgado, que el

término de la deuda puede incluso no estar vencido en el momento del préstamo, cuando el deudor no ha querido dejar escapar la oportunidad de aceptar este préstamo, etc. En consecuencia en tanto no se demuestre que los dineros prestados han sido empleados para otra finalidad, la declaración hecha en la carta de pago de que el pago ha tenido lugar con esos mismo dineros, aseguraría generalmente la subrogación, incluso aunque hubiera transcurrido un largo tiempo, por ejemplo *seis meses*, entre la escritura de préstamo y el pago: y la prueba del empleo del dinero para otra finalidad, no debería ser admitida más que por actas, y no por testigos...

Merlin (ob. cit., p. 260) destaca la falta de acuerdo de los autores en orden al plazo o intervalo de tiempo que el deudor puede dejar entre el préstamo y el empleo de la cantidad prestada. Y con cita de los correspondientes autores, señala las distintas opiniones: el mismo día, al día siguiente, tres días después, algunos diez días, y hasta hay que creer admisible el de los seis meses, plazo este último que en cambio a otros autores parece demasiado largo. Ante el silencio del Código civil francés, Merlin cree que en cualquier época en que se haga el empleo, habrá subrogación si se cumplen las demás condiciones.

Butera (ob. cit., p. 166) cita una Sentencia del Tribunal de casación de París, de 30 de junio de 1853, por la que se declara válida una carta de pago subrogatoria redactada un año después de la estipulación del mutuo, «precisamente porque el magistrado se convenció de que los fondos empleados para extinguir la deuda provenían del mutuante».

Y Baudry-Lacantinerie y Barde (ob. cit., p. 650), estiman que cuando el intervalo entre el préstamo y el pago del antiguo acreedor es relativamente largo, los tribunales pueden decidir, según las circunstancias, si el dinero tomado a préstamo ha sido utilizado o no para el pago, y en consecuencia admitir o rechazar la subrogación.

6. Efectos

El más importante es el de la subrogación del nuevo acreedor en el crédito del antiguo. Para este efecto es necesario que se hayan cumplido todos los requisitos que acabamos de estudiar, y entre ellos el pago al referido antiguo acreedor.

Dicho acreedor debe recibir el pago, y otorgar la pertinente carta de pago.

¿Quid si se niega a ello?

No obstante la voluntad contraria del antiguo acreedor deberá operar la subrogación. En tal caso entiendo que el deudor (o su mandatario) deberá notificar al antiguo acreedor el otorgamiento

de la escritura de préstamo, y con ofrecimiento del pago de la cantidad adeudada y sus accesorios, le requerirá al propio tiempo para que acepte dicho pago, y otorgue la oportuna carta de pago haciendo constar en la misma que el dinero proviene del préstamo notificado. No es necesario que en la carta de pago se haga constar que el acreedor pagado subroga al nuevo acreedor. Si lo hace no estorba. Pero como ya advertía antes la subrogación que estudiamos es convencional en lo que toca al deudor, no en cuanto se refiere al antiguo acreedor para el cual debe ser considerada la subrogación como legal.

Si el acreedor se niega a admitir el pago, o a otorgar la carta de pago en los términos indicados exigidos por el art. 1.211 (no es pensable que si el antiguo acreedor se niega a otorgar dicha carta de pago, el nuevo —por el deudor— sea tan ingenuo como para efectuarlo), entiendo que una consignación judicial del total importe de lo adeudado, haciendo constar en la consignación la procedencia del dinero, debería ser bastante una vez aprobada por el juez. A salvo para el acreedor separado las acciones que crea le asistan para ejercitarlas en el procedimiento judicial correspondiente.

Producida la subrogación, el nuevo acreedor pasará a ser el nuevo titular del crédito, con su garantía hipotecaria, o en su caso con su garantía prendaria, o con su garantía personal.

¿Del mismo crédito, aunque sea de otra naturaleza?

La cuestión ya la había planteado Pothier (ob. cit., p. 288 y s.). Distingue al efecto el supuesto de la subrogación de un nuevo acreedor en los derechos del antiguo que se hace por convenio entre el nuevo acreedor y el deudor, y las otras subrogaciones. Y dice: «... en las otras subrogaciones, los derechos del acreedor pasan siempre al subrogado, con la misma naturaleza y tal como ese otro acreedor los hubiera ejercitado; mientras que, en el caso de la subrogación de un nuevo acreedor en los derechos del antiguo (hay que entender se refiere ahora Pothier a la que se hace por convenio con el deudor), los derechos del antiguo acreedor no pasan siempre al nuevo, tal como estaban y con la misma naturaleza, sino modificados, y como convertidos en la naturaleza del crédito que resulte del contrato celebrado entre el nuevo acreedor y el deudor, de manera no obstante que el nuevo no pueda jamás en virtud de la subrogación, tener más de lo que podía haber tenido el antiguo».

Lo explica con los siguientes ejemplos:

«En las subrogaciones ordinarias, cuando, por ejemplo, un deudor de *renta sobre inmueble* la redime, y se hace subrogar en los derechos del acreedor, los derechos de ese acreedor los adquiere en su naturaleza de renta sobre inmueble; por la subrogación pasa a ser un verdadero acreedor de renta sobre inmueble, y puede ejercitar contra sus codeudores, todos los derechos que son pro-

pios a los titulares de las rentas sobre inmuebles. Por el contrario, cuando el deudor de una renta sobre inmuebles constituye a favor de un nuevo acreedor una renta de cincuenta libras, por el precio de mil libras, con promesa de que empleará esta cantidad en la redención de la renta sobre inmueble, y le subrogará en los derechos del acreedor de esta renta, tales derechos no pasan, por la subrogación, al nuevo acreedor, en su naturaleza de renta sobre inmuebles, sino modificada y convertida en la de *renta constituida*, y no puede este acreedor ejercitar los derechos que son propios de los titulares de rentas sobre inmuebles.»

«De modo análogo, cuando el deudor de una cantidad exigible de cuatro mil libras, ha constituido a favor de un nuevo acreedor doscientas libras de renta, por precio igual de cuatro mil libras, con promesa de emplearlas para pagar al antiguo acreedor, y de subrogar al nuevo en los derechos del antiguo, la subrogación no hará pasar al nuevo acreedor los derechos del antiguo, en su naturaleza de crédito exigible, sino en la naturaleza de un principal de renta.»

Esta, sin embargo, es una materia delicada en la que no puede verse unanimidad en los autores que han estudiado la materia. Así Toullier (ob. cit., p. 72 y s.) después de indicar (ya antes lo hemos citado) que a diferencia de la cesión, los acreedores del antiguo acreedor no pueden dirigirse contra los derechos de este último ya que por lo que a él respecta se hallan irrevocablemente extinguidos *aunque la ley, por su «omnipotencia», los haga subsistir o los sustituya por otros parecidos en favor del subrogado*, añade que el subrogado puede ejercer en su propio nombre y por su propia cuenta todos los derechos del subrogante cuya persona representa y ejercitarlos de la misma manera que él lo hubiera podido hacer.

Pone algunos ejemplos:

«Si el crédito consistía en el capital de una renta, la renta continuará produciéndose en provecho del subrogado. Si el crédito produce intereses, continuarán produciéndose en beneficio del subrogado, aunque al prestar sus dineros no haya estipulado intereses.»

«En una palabra, el subrogado puede ejercer, sin excepciones, todos los derechos que podría ejercer el subrogante. Así, por ejemplo, el que ha prestado sus dineros, con subrogación para pagar el precio de una venta, puede resolver el contrato por falta de pago, tal como lo podía hacer el vendedor.»

«El que ha prestado sus dineros con subrogación para recuperar la cosa vendida con pacto de retroventa, deberá gozar de la finca retraída, haciendo suyos los frutos, hasta que se le reembolse.»

En nuestro Código civil, el art. 1.212, dispone: «La subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él ane-

xos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas.»

Baudry-Lacantinerie y Barde (ob. cit., p. 692 y s.), con referencia al art. 1.252 del Código civil francés según el cual, en su primer inciso, «la subrogación establecida por los artículos precedentes tiene lugar tanto contra los fiadores como contra los deudores...», muestra su extrañeza por la norma, ya que le parece inútil que la ley considere especialmente a los fiadores, al ser evidente que la subrogación opera contra ellos (parten de la base de considerar que la fianza es inherente a la deuda que garantiza y de la que es complemento, así como de la postura adoptada por los mismos de configurar la subrogación como una cesión, aunque ficticia, del crédito, y como tal cesión ya lleva implícita la transmisión de las garantías).

Dichos autores dan una explicación histórica al precepto. Según ellos muchos de los antiguos jurisconsultos estimaban que la subrogación no podía tener lugar frente a los fiadores. «Tal era el parecer de Dumoulin. Es de gran importancia para el fiador —dice este autor— que un acreedor severo y riguroso no sustituya a un acreedor paciente y humano. Pero Dumoulin estaba equivocado al situarse bajo tal punto de vista: no es la persona de acreedor sino la del deudor la que el fiador toma en consideración cuando se obliga. La fianza es por tanto inherente a la deuda que garantiza y de la que es complemento. Debe por tanto durar tanto como la deuda.» El parlamento de Rouen (Reglamento de 6 de abril de 1666, art. 132), decidió que la subrogación no operase contra los fiadores. En cambio el Parlamento de París (Reglamento de 6 de julio de 1690) se pronunció en sentido contrario. Y los autores del Código entendieron que debían seguir esta última jurisprudencia, y así quedó redactado el primer inciso del art. 1.251.

A mí me parece que, aun siendo cierto cuanto afirman estos autores, el precepto puede tener una explicación no ya histórica sino actual: La subrogación no es una cesión que en efecto ya llevaría implícita el efecto frente a los fiadores. Y precisamente porque no lo es, al querer el legislador que tal efecto se produjera, ha tenido que expresarse tal efecto en el artículo que examinamos, para que no hubiera lugar a dudas sobre el alcance de la eficacia de la subrogación frente a los fiadores.

Quid respecto de los privilegios. Parece en principio que el crédito se «transfiere» al subrogado con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra terceros. Los privilegios pueden encajar en el precepto del art. 1.212.

Respecto del *privilegio salarial* se ha discutido si la regla del art. 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, hace a los créditos salariales intransmisibles por vía de cesión. Dicho art. 3.5 preceptúa que: «Los trabajadores no podrán disponer válidamente antes o

después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo.»

Encarna Cordero Lobato («La jurisprudencia relativa a los privilegios del crédito salarial. En particular, el privilegio salarial refaccionario del art. 32.2 del Estatuto de los Trabajadores», en Anuario de Derecho Civil, XLVI, fascículo IV, octubre-diciembre 1993, pp. 1943 y ss.), entiende que la prohibición de disposición del precepto no puede aplicarse a los casos de cesión o subrogación, para no llegar a un resultado contrario al que persigue la norma de protección a los trabajadores, siempre que el trabajador cobre efectivamente por medio de una cesión o subrogación.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 27 de junio de 1989, y para un caso en que los créditos salariales se habían pagado con dinero tomado a préstamo de un banco, con esa finalidad y con subrogación, al amparo del art. 1.211 del Código civil, entendió que el acreedor no adquirió por vía de subrogación el privilegio salarial con que estaba favorecido el crédito transmitido, argumentando fundamentalmente que el «carácter personal» del privilegio salarial impide su transmisión al acreedor subrogado.

Cordero Lobato critica a esta sentencia y estima que los límites a la titularidad subrogatoria del privilegio deben ser establecidos en función de los efectos que el privilegio (tanto si lo ejercita el titular originario como si lo ejerce un subrogado) produce sobre el riesgo de insolvencia patrimonial. «En este sentido —dice—, puesto que la distribución del riesgo de insolvencia patrimonial del deudor no resulta alterada porque se permita el ejercicio del privilegio al acreedor subrogado, ya que éste nunca disfrutaría de una prioridad mayor que aquélla de la que gozase el titular originario del crédito transmitido, hay que concluir que los privilegios deben transmitirse con el crédito, sin que esta solución conlleve un perjuicio para los restantes acreedores, quienes sólo cobrarían después de ser satisfechos los créditos privilegiados.»

Añade que la solución negativa perjudicará sobre todo a los propios trabajadores al no poder contar con el dinero que por vía del préstamo anticipa el banco con los requisitos de la subrogación. Sin esta subrogación en el privilegio, será más difícil que el banco conceda el crédito o préstamo.

En Francia, la Corte de casación (Chambre commerciale), por Decisión de 23 de noviembre de 1982, ha resuelto que el subrogado que dispone de los derechos y acciones del acreedor a quien ha reembolsado, no se beneficia más que del privilegio unido al crédito que ha pagado. Un banco que ha abonado unos salarios en calidad de garantía no puede beneficiarse del privilegio salarial por los intereses de las sumas pagadas (Daloz, «Code civil», París, 1993-1994, p. 861, notas al art. 1.252).

Según el art. 1.213, «el acreedor a quien se hubiese hecho un pago parcial, puede ejercitar su derecho por el resto con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar a virtud del pago parcial del mismo crédito».

[En el Código civil francés encontramos esta regla en el segundo inciso del art. 1.252: «(la subrogación) no puede perjudicar al acreedor cuando no ha sido pagado más que en parte; en este caso puede ejercitar sus derechos respecto al resto de su crédito con preferencia a aquél del que ha recibido el pago parcial»].

Obsérvese que el antiguo acreedor a quien sólo se le ha hecho un pago parcial, tiene a su favor un derecho de preferencia respecto al nuevo acreedor subrogado, pero sólo por el resto.

En el supuesto de que el crédito se halle garantizado con fianza, ¿será preferido el subrogante respecto del subrogado en cuanto a los bienes del fiador? La contestación debe ser negativa.

Laurent (ob. cit., p. 127) aduce en tal sentido que quien paga la deuda del deudor principal, satisface conjuntamente la obligación del fiador; por consiguiente tiene, contra éste, el mismo regreso que le corresponde respecto del deudor, y ello, no por efecto de la subrogación, sino por efecto del pago. Es decir, que tiene un regreso independiente de la subrogación y por tanto su condición es idéntica a la del acreedor: y siendo sus derechos iguales no se puede hablar de prelación.

Baudry-Lacantinerie y Barde (ob. cit., p. 695) siguen esta opinión y dicen: el subrogado dirá al acreedor: «yo prescindo de mi cualidad de subrogado, para presentarme junto a Vd. usando de los derechos que me son propios. La acción que ejercito es la acción de mandato o de gestión de negocios ajenos o la acción de *in rem verso*, que yo he adquirido contra el fiador, haciendo un pago que va dirigido en su beneficio; por consiguiente, no puede Vd. hacer valer contra mí un derecho de preferencia, que no está concedido más que contra el *subrogado*».

Si el antiguo acreedor, pagado parcialmente, vende la parte de crédito que aún no ha sido satisfecha, el adquirente la adquiere, de conformidad con el art. 1.528 del Código civil, con todos sus derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio, y en consecuencia dicho adquirente tendrá en cuanto al subrogado, la misma preferencia que tendría el vendedor o cedente del crédito.

El problema que plantea la doctrina es el de si en este caso de pago parcial del crédito al antiguo acreedor, en cuya parte pagada se ha subrogado el nuevo acreedor, se produjera otra hipótesis de pago, por ejemplo del resto del crédito con los requisitos del art. 1.211, y con persona distinta del primer subrogado, ¿adquiriría el nuevo subrogado el resto de crédito, con el derecho de preferencia sobre el primer subrogado?

La opinión generalmente seguida por la doctrina y la jurisprudencia francesa es la negativa. La subrogación se producirá pero sin perjuicio de las modificaciones que se hayan podido estipular con el deudor en orden especialmente a los tipos de interés y a los plazos de amortización.

7. Incumplimiento de los requisitos exigidos

En caso de no cumplirse todos los requisitos exigidos por la ley, la subrogación prevista en el art. 1.211 no podrá producirse.

La Dirección General de los Registros y del Notariado se ocupó en Resolución de 7 de diciembre de 1950, de un caso en que se pretendía la inscripción en el Registro de la Propiedad de la subrogación en un crédito hipotecario, pero en el que faltaban los requisitos exigidos por el art. 1.211.

En síntesis los hechos eran: Banco Hipotecario concede a la Sociedad Anónima Gran Hotel Carlton, de Bilbao, un préstamo de 3.000.000 de pesetas de principal, al 5,20 por 100, el 17 de diciembre de 1920, vencimiento cincuenta años, con hipoteca sobre un edificio del Hotel Carlton. En 6 de septiembre de 1943, según liquidación de reembolso anticipado, el importe adeudado era de 2.537.741,20 pesetas. En 6 de septiembre y 23 de diciembre de 1943, el Banco de Vizcaya remitió al Banco Hipotecario la cantidad de 2.541.547 pesetas por orden de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao y cuenta de la Sociedad Anónima Gran Hotel Carlton para satisfacer el crédito que el citado Banco Hipotecario le había concedido en escritura antes referenciada.

Por otra escritura de fecha 10 de febrero de 1944, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao concertó con la Sociedad Anónima Gran Hotel Carlton, un préstamo que produciría la subrogación de dicha Caja de Ahorros en los derechos, obligaciones e hipotecas derivados de la escritura de préstamo de 17 de diciembre de 1920 antes citada, comprometiéndose el prestatario a otorgar los documentos que fuesen necesarios; figurando en la escritura que: el capital de este préstamo, de 2.541.547,81 pesetas, que *se confesaron recibidas* fue destinado exclusivamente a la amortización del saldo del préstamo a favor del Banco Hipotecario de España, por lo que quedó subrogada la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao en los derechos e hipotecas del expresado Banco Hipotecario; estipulándose que continuarían en vigor las cláusulas y condiciones del préstamo del Banco Hipotecario, que no fueran privativas de éste, si bien el interés se redujo al 4,50 por 100 anual y plazo de amortización a veinticinco años a partir de 1 de enero de 1944; ambos otorgantes hacen constar formalmente su propósito de notificar el con-

tenido y el objeto de esta escritura al Banco Hipotecario de España, exhortándole de conformidad con los arts. 1.211 y 1.212 del Código civil a otorgar carta de pago de la totalidad del préstamo como derecho personal, cancelando el derecho real de hipoteca solamente en cuanto a la diferencia del capital originario de 3.000.000 de ptas., y los 2.541.547,81 ptas. a que se contrae el préstamo contenido en este documento, subsistiendo, por tanto, la hipoteca en que quedará subrogada la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao, por los 2.541.547,81 ptas., sus intereses de tres anualidades y trescientas mil como crédito suplementario para costas y gastos en su caso en calidad de primer hipotecario; que por ser el derecho que ejercitan los otorgantes al amparo del art. 1.211 del Código civil propio e independiente del acreedor Banco Hipotecario, se prevendrá a éste al notificarle la escritura que de no cumplir estrictamente lo dispuesto en el párrafo anterior respecto al otorgamiento de la carta de pago y cancelación parcial del derecho de hipoteca, no tendrá eficacia esta cancelación en cuanto a la parte de crédito hipotecario en que se subroga la Caja de Ahorros, según el art. 1.212 del Código civil.

El 10 de marzo de 1944 se requirió por los representantes de la Caja y de la sociedad deudora a un notario de Madrid para que notificase al Banco Hipotecario el otorgamiento de la escritura de 10 de febrero de 1944 y le invitase a reconocer que había recibido totalmente el importe del crédito concedido a la Sociedad Anónima Gran Hotel Carlton, practicándose la diligencia por el notario el 17 de igual mes. El Banco Hipotecario contestó reconociendo que efectivamente había recibido 2.537.741,20 ptas. según liquidación recibo de 17 de septiembre de 1943, y que el Banco se daba por pagado de la totalidad del préstamo de 3.000.000 de pesetas otorgado el 17 de diciembre de 1920. *No se hizo constar la procedencia de la cantidad pagada.*

El Registrador denegó (por defecto insubsanable) la inscripción de la escritura de préstamo con subrogación otorgada el 10 de febrero de 1944, por entender que faltaba el requisito de que «conste de manera indubitada que se tomó el dinero para pagar, expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad... mal puede la sociedad prestataria novar en 10 de febrero de 1944 una obligación extinguida por pago en 17 de septiembre anterior, ni subrogar al nuevo acreedor en perjuicio de terceros inscritos cinco meses después de extinguida la obligación».

Se recurrió por la Caja. El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador. Éste se alzó de la decisión presidencial. Y la DGRN revoca el auto apelado y declara que la escritura calificada no se halla redactada con arreglo a las formalidades y prescripciones legales.

En sus considerandos dice, entre otras cosas:

«Que el pago con subrogación constituye una forma de transmitir créditos con los derechos anexos y modifica la obligación primitiva, excepto cuando se declare terminantemente por los contratantes un propósito extintivo, o la anterior y la nueva obligación sean de todo punto incompatibles, según preceptúan los arts. 1.203 y 1.204 del referido cuerpo legal, si bien no se producirá tal incompatibilidad aunque se varíen las condiciones principales o accesorias, siempre que las nuevas sean más favorables o faciliten el cumplimiento por el deudor de lo anteriormente pactado, según ha declarado el Tribunal Supremo;

»Que la subrogación legal prevista en los arts. 1.209 y 1.210 del repetido Código se presume realizada cuando un acreedor pague a otro preferente, o un tercero, no interesado en la obligación, pague con aprobación expresa o tácita del deudor y dinero propio del pagador, quien se subrogará *ope legis* en el crédito y derechos a él anexos, sin que el acreedor deba aprobar la subrogación ni se modifiquen las particularidades del crédito, que se adquirirá íntegro o parcialmente, según que se efectúe el pago de una u otra forma, puesto que todas las modificaciones que pudieran introducirse requerirían el consentimiento del obligado, y transformarían la naturaleza de la subrogación, convirtiéndola en convencional;

»Que el deudor podrá realizar la subrogación convencional con arreglo a lo dispuesto en el art. 1.211 del Código civil, sin el consentimiento del acreedor, en cuanto cumpla los siguientes requisitos de ineludible observancia: 1.º que el deudor haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella y 2.º que al pagar el mismo deudor se consigne en la correspondiente carta de pago la procedencia de la cantidad pagada, circunstancias encaminadas a prevenir posibles abusos en perjuicio o fraude de acreedores posteriores;

»Que la operación proyectada por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao no puede calificarse de subrogación legal: 1.º porque en la escritura de 10 de febrero de 1944, si bien se pretendió excluir la subsistencia de las cláusulas y condiciones que regían el préstamo del Banco Hipotecario, que fueran privativas de este establecimiento, no se tuvo en cuenta todo el alcance que imponía la condición singular y privilegiada de dicho acreedor configurada en la Ley de 2 de diciembre de 1872 y en sus Estatutos aprobados por Real Decreto de 11 de noviembre de 1928, modificados en algún punto por Decreto de 6 de junio de 1947; 2.º porque las modificaciones introducidas en el primitivo contrato de préstamo, especialmente en cuanto a la duración, tipo de interés, capital y anualidades de amortización, cuya cuantía no consta determinada en la escritura, hacen imposible presumir la existencia de tal *subrogación legal*, y 3.º porque en el momento de la calificación registral, tampoco se acreditó que la Caja de

Ahorros fuese acreedor hipotecario posterior, toda vez que el documento de 6 de junio de 1944, en el que consta que dicha entidad es poseedora de 1.200 obligaciones hipotecarias al portador de la Sociedad Anónima Gran Hotel Carlton, no puede surtir efectos conforme a lo dispuesto en el art. 122 del Reglamento hipotecario de 1915;

»Que en la escritura de 10 de febrero de 1944 no puede estimarse realizada una subrogación convencional, porque el pago del Banco de Vizcaya por orden de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao y cuenta de la Sociedad Anónima Gran Hotel Carlton, tuvo lugar en el mes de septiembre de 1943, es decir, con anterioridad al otorgamiento de la referida escritura, y no se cumplieron además los requisitos prevenidos en el art. 1.211 del Código civil.»

IV. RÉGIMEN DE LAS LLAMADAS SUBROGACIÓN CONVENCIONAL Y NOVACIÓN MODIFICATIVA. EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS. EN LA LEY 2/1994 DE 30 DE MARZO

Voy a referirme a los siguientes aspectos:

1. Sujetos

En la operación se hallan directamente interesados:

El deudor.

La entidad prestamista que queda subrogada.

La entidad acreedora (concedente del primitivo préstamo).

A. EL DEUDOR

Puede ser cualquier persona, física o jurídica, deudora en virtud de préstamo concertado con una de las entidades a que a continuación nos vamos a referir.

B. LA ENTIDAD PRESTAMISTA QUE QUEDA SUBROGADA

Según el art. 1.º-1 de la Ley:

«Las entidades financieras a las que se refiere el art. 2.º de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Mercado Hipotecario, podrán ser subrogadas por el deudor en los préstamos hipotecarios concedidos, por otras entidades análogas, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley.»

Según la Ley 2/1981, art. 2.º-1:

«1. Las entidades financieras que a continuación se detallan podrán otorgar préstamos y emitir los títulos que se regulan por la presente Ley, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, sin perjuicio de las normas especiales del Banco Hipotecario de España:

a) El Banco Hipotecario de España y, cuando así lo permitan sus respectivos Estatutos, las Entidades oficiales de crédito.

b) Los bancos privados, comerciales o industriales y de negocios, incluido el Banco Exterior de España.

c) Las Cajas de Ahorro.

d) La Caja Postal de Ahorros.

e) Las entidades de financiación reguladas por el RD 896/1977, de 28 de marzo.

f) Las entidades cooperativas de crédito.

g) Las sociedades de crédito hipotecario a que se refiere el art. 3.º siguiente.»

La lista es suficientemente amplia, pero su número es cerrado. Así, una persona física, o una persona jurídica distinta a las que se recogen en la lista antes transcrita, no parece que se halle en el ámbito de actuación de la Ley.

C. LA ENTIDAD ACREEDORA (CONCEDENTE DEL PRÉSTAMO ANTERIOR QUE AHORA ES OBJETO DE SUBROGACIÓN)

La Ley habla aquí de «otras entidades análogas.» Podía haber dicho «otras entidades comprendidas en el art. 2.º de la Ley 2/1981», pero no ha sido así. De todos modos entiendo que debe tratarse de una entidad que legalmente pueda dedicarse lícitamente a la actividad de concesión de préstamos. Si se puede hallar alguna entidad que reúna esta característica y no se encuentre en el ámbito del art. 2.º de la Ley 2/1981, habría que entender que se hallará sujeta a las prescripciones de la Ley 2/1994.

2. Préstamos a que se refiere la Ley

Según el art. 1.º-2 de la Ley 2/1994:

«2. La subrogación a que se refiere el apartado anterior será de aplicación a los contratos de préstamo hipotecario, *cualquiera que sea la fecha de su formalización* y aunque no conste en los mismos la posibilidad de amortización anticipada.»

Después la propia Ley, en el art. 3.º y en la Disposición Adicional 1.ª, se concreta a los préstamos a interés variable. Pero a salvo estos preceptos, la regla general es la de comprender a los préstamos hipotecarios concedidos por las entidades antes referi-

das, tanto si son a interés fijo como a interés variable. Es decir, sean los préstamos a interés fijo o variable, se les aplicarán los preceptos de la Ley 2/1994, con la salvedad de aquellos preceptos en los que expresamente se concreta su aplicación a los de interés variable (así art. 3.º, sobre comisiones por amortización), y tanto si se otorgaron antes como si después, de la entrada en vigor de dicha Ley (entró en vigor el mismo día de su publicación en el «BOE», que fue el día 4 de abril de 1994).

No importa que se trate de préstamos financieros o préstamos a consumidores, ni la finalidad del préstamo. La única limitación es la que la propia entidad concedente del nuevo préstamo con subrogación pueda hacerse a la vista del caso concreto, del destino de dicho préstamo y de las dificultades que pueda tener después de la subrogación.

Obviamente me estoy refiriendo a los préstamos hipotecarios para cuyo pago con subrogación se va a conceder ahora un nuevo préstamo. Aquellos préstamos, repito, pueden haberse formalizado antes o después de la entrada en vigor de la Ley 2/1994. Pero el nuevo préstamo ya será posterior a la entrada en vigor de la ley.

3. Requisitos de la subrogación

Se parte de la base de que el deudor podrá subrogar a otra entidad financiera de las que antes hemos visto se comprenden en el art. 2.º de la Ley 2/1981, sin el consentimiento de la entidad acreedora, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero de aquella por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, conforme a lo dispuesto en el art. 1.211 del Código civil. Esto supuesto los requisitos para que se produzca la subrogación se comprenden en el art. 2.º de la Ley 2/1994. Son los siguientes:

- A. QUE LA ENTIDAD QUE ESTÉ DISPUESTA A SUBROGARSE PRESENTE AL DEUDOR UNA OFERTA VINCULANTE EN LA QUE CONSTARÁN LAS CONDICIONES FINANCIERAS DEL NUEVO PRÉSTAMO HIPOTECARIO**

Para acogerse a los beneficios de esta Ley, «en la escritura de subrogación sólo se podrá pactar la mejora de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente» (art. 4.º de la Ley 2/1994).

Esto quiere decir que las condiciones financieras del nuevo préstamo hipotecario que deben figurar en la oferta deben respetar ese límite: es decir, que debe concretarse a «la mejora de las condiciones del tipo de interés».

La Ley, no habla de la mejora del tipo de interés, sino de la mejora de las condiciones del tipo de interés. Esta expresión deja abierta la posibilidad de una interpretación flexible que permita incluso ahora el cambio de tales condiciones que pueden pasar de la referencia a los tipos declarados por entidades de crédito, a la referencia Mibor con el correspondiente diferencial, siempre que, objetivamente considerado *ahora* suponga una mejora de las condiciones del tipo, sin que puedan hacerse pronósticos de futuro.

Creo se puede pasar del tipo fijo a tipo variable, y de un tipo variable a otro también variable, siempre que suponga una mejora de las condiciones del tipo. Cierto que alguna entidad de crédito parece sostener otro criterio.

Pero sigamos con la oferta.

Esta oferta bastará que se haga por escrito, fijando escuetamente cuáles con las nuevas condiciones bajo las cuales la entidad oferente está dispuesta a conceder el préstamo para la finalidad indicada.

La Circular núm. 5 del Banco de España de 22 de julio de 1994 a entidades de crédito sobre modificación de la Circular 8/1990 sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, en su norma sexta, añade una nueva norma, la sexta bis, a la Circular 8/1998, y con arreglo a ella, en su apartado a), en las subrogaciones de préstamos hipotecarios reguladas por la Ley 2/1994, de 30 de marzo, «la oferta vinculante a que se refiere el párrafo segundo del art. 2.º de dicha Ley, *se formulará por escrito deberá ser firmada por representante de la entidad y, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, tendrá un plazo de validez no inferior a diez días hábiles desde su fecha de entrega*».

Por lo que respecta al contenido de la oferta vinculante la norma indicada de la Circular, la sexta bis, apartado a), dispone que dicha oferta especificará:

— Las *condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras que resulten de aplicación*, de las recogidas en el Anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

En este Anexo II, se recogen las cláusulas financieras que deberán aparecer necesariamente en los contratos de préstamo sujetos a dicha Orden: y las numeradas con ordinal-bis (por ejemplo, cláusula 1.ª bis) sólo cuando resulten de aplicación. Si las repasamos advertiremos que se refieren:

«1.ª *Capital del préstamo*. La cláusula expresará:

a) El importe del préstamo. Si se tratara de un préstamo en divisa (por ejemplo Ecus), se especificará ésta definiéndose adecuadamente. En las cláusulas correspondientes (2.ª, 3.ª, etc.) se señalarán las especificidades (por ejemplo moneda de pago, cálculo

lo del importe en pesetas de cada pago, etc.) derivadas de que el préstamo esté denominado en moneda distinta de la peseta.

b) La forma de entrega del importe del préstamo. Si la entrega se realiza mediante abono en una “cuenta especial” de la que el prestatario no pueda disponer libremente, deberá cumplimentarse obligatoriamente la cláusula 1.^a bis.

1.^a bis. *Cuenta especial.* En esta cláusula se especificará:

a) Las condiciones cuyo cumplimiento deba acreditar el prestatario antes de poder disponer libremente del saldo de dicha cuenta.

b) El plazo para el cumplimiento de dichas condiciones y las facultades resolutorias de la entidad prestamista en caso de que se rebase.

2.^a *Amortización.* La cláusula indicará:

1.º Las fechas del primer y del último pago de amortización, cuando dichas fechas estén fijadas de antemano.

2.º El número, periodicidad y cuantía de las cuotas en que se divida la amortización del préstamo, cuando estuvieran fijadas de antemano.

Si se tratara de préstamos en divisas, se especificarán en este apartado las reglas a seguir para la determinación en pesetas de cada cuota.

3.º Las condiciones para el ejercicio de la facultad de reembolso anticipado, expresándose en particular:

a) Las fechas de ejercicio de dicha facultad.

b) Si se hubiera pactado, la cantidad que con ocasión del reembolso anticipado deba satisfacer el prestatario a la entidad prestamista al ejercer dicha facultad, distinguiendo, en su caso, entre amortizaciones totales y parciales.

c) En caso de reembolso anticipado parcial, la cuantía mínima y el modo concreto en que éste alterará el importe o número de las cuotas de amortización remanentes, indicándose, en su caso, las facultades de elección que se reconozcan al efecto al prestatario.

4.º Cuando existan, las demás facultades que se reconozcan al prestatario, para alargar o alterar el calendario de amortización, y las condiciones para su ejercicio.

3.^a *Intereses ordinarios.* En esta cláusula se hará constar:

a) El tipo de interés nominal anual aplicable al préstamo, especificándose si es fijo durante toda la vida del préstamo o si tendrá carácter variable, durante la totalidad o parte de la vida del préstamo.

Si el tipo de interés fuera fijo durante toda la vida del préstamo, se señalará en esta cláusula su valor, expresado en tanto por ciento nominal anual.

Si el tipo de interés pudiera variar en algún período, se especificará con claridad el comienzo de dicho período, cumplimentándose obligatoriamente la cláusula 3.^a bis.

b) La fecha de inicio del devengo de intereses, y su periodicidad y forma de liquidación ordinaria, indicándose la fórmula o métodos utilizados para obtener, a partir del tipo de interés anual, el importe absoluto de los intereses devengados.

c) El número de días que se considerará que tiene el año cuando, para el cálculo de los intereses devengados durante períodos inferiores a un año, sea preciso convertir el tipo de interés anual en un tipo de interés diario.

d) Cuando resulte de aplicación, la forma especial de liquidación de intereses del período transitorio durante el cual el prestatario no tenga la plena disponibilidad del importe del préstamo, por no haberse cumplido las condiciones establecidas al efecto.

En este supuesto los intereses se aplicarán exclusivamente a la parte del préstamo sobre la que el prestatario hubiera dispuesto o tuviera la libre disposición, y se entenderán devengados por días.

e) En el caso de préstamo en divisas, las reglas aplicables para el cálculo en pesetas del importe de los intereses.

3.^a bis. *Tipos de interés variable.*

1. Definición del tipo de interés aplicable. Cuando el tipo de interés pueda variar en algún período, se expresará éste de alguna de las siguientes formas:

a) Como suma de:

Un margen constante (positivo, nulo o negativo), expresado en puntos o fracciones de punto.

El tipo de interés de referencia.

b) Como cierto porcentaje de un tipo de interés de referencia.

c) Como suma de:

Un tipo de interés constante.

Un margen variable que será igual a la variación absoluta (positiva, nula o negativa) experimentada, desde cierta fecha establecida en el contrato, por un índice o tipo de interés de referencia.

d) De cualquier otro modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho.

2. Identificación y ajuste del tipo de interés o índice de referencia. En lo relativo al tipo de interés o índice de referencia, la cláusula deberá expresar:

a) La definición del mencionado índice o tipo de interés, el organismo público, asociación o entidad privada que lo elabore, y la periodicidad y forma en que se publique o sea susceptible de conocimiento por el prestatario.

b) Cuando el tipo de interés de referencia corresponda a operaciones cuya periodicidad de pagos sea distinta a la del préstamo objeto del contrato (por ejemplo, que el tipo de referencia esté

definido como un tipo efectivo anual y el préstamo tenga pagos mensuales) o incluya conceptos (por ejemplo, comisiones) que estén previstos como concepto independientemente en el préstamo objeto del contrato, se indicará si debe efectuarse algún ajuste o conversión en el tipo de interés de referencia antes de calcular el tipo de interés nominal aplicable, definido según la fórmula descrita en el apartado 1 de esta cláusula 3.^a bis.

En caso afirmativo, se indicará la fórmula o procedimiento del ajuste o conversión que deba efectuarse.

c) El índice o tipo de interés de referencia sustitutivo que deba utilizarse excepcionalmente cuando resulte imposible, por razones ajenas a las partes, la determinación del índice o tipo de interés de referencia designado en primer término.

3. Límites a la variación del tipo de interés aplicable. Cuando se establezcan límites máximos y mínimos a la variación del tipo de interés aplicable al préstamo, se expresarán dichos límites:

a) En términos absolutos, expresándose en forma de tipo de interés porcentual los citados límites máximo y mínimo.

Esta forma de expresión se utilizará obligatoriamente cuando puedan expresarse dichos límites en términos absolutos al tiempo del otorgamiento del documento de préstamo.

b) De cualquier otro modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho.

4. Umbral mínimo de fluctuación y redondeos del tipo de interés aplicable. Si se pactara un umbral mínimo para la variación del tipo de interés (de forma que éste permanezca inalterado cuando la fluctuación del índice de referencia no alcance, en más o en menos, cierto umbral), se expresará dicho umbral en fracciones de punto.

Si se pactara el redondeo del tipo de interés, se indicarán, en fracciones de punto, los múltiplos a los que se efectuará (por ejemplo, redondeo al más cercano octavo de punto).

5. Comunicación al prestatario del tipo de interés aplicable. La cláusula deberá especificar:

a) La forma en que el prestatario conocerá el tipo de interés aplicable a su préstamo en cada periodo.

b) Si existe algún procedimiento especial que el prestatario pueda utilizar para reclamar ante la entidad en caso de que discrepe del cálculo efectuado del tipo de interés aplicable.

4.^a Comisiones.

1. Comisión de apertura. Cualesquiera gastos de estudio del préstamo, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario, y otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo, deberán obligatoriamente integrarse en una única comisión, que se denomina "comisión de apertura" y se devengará por una sola vez. Su importe,

así como su forma y fecha de liquidación se especificarán en esta cláusula.

En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, de forma implícita, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo.

2. Otras comisiones y gastos posteriores. Además de la “comisión de apertura”, sólo podrán pactarse a cargo del prestatario:

a) La cantidad que haya de abonar el prestatario con ocasión del reembolso anticipado, conforme a lo estipulado, en su caso, en la cláusula 2.^a

b) Los gastos de la operación mencionados en la cláusula 5.^a, incluidos los correspondientes a servicios prestados directamente por la entidad.

c) Las comisiones que, habiendo sido debidamente comunicadas al Banco de España de acuerdo con lo dispuesto en la Orden de 18 de diciembre de 1989 y en sus normas de desarrollo, respondan a la prestación de un servicio específico por la entidad distinto a la mera administración ordinaria del préstamo. En el caso de préstamos en divisas, se incluirán las comisiones de cambio máximas que pudieran resultar aplicables.

Cualesquiera importes periódicos a cargo del prestatario en favor de la entidad se reflejarán necesariamente, de forma implícita, en el tipo de interés ordinario que se hubiera libremente pactado.

4.^a bis. *Tabla de pagos y tipo de interés anual equivalente.* En los préstamos a tipo de interés fijo, se hará constar en esta cláusula:

a) La cuota total que corresponderá satisfacer al prestatario en cada fecha.

b) El coste efectivo de la operación, calculado conforme a las reglas establecidas al efecto por el Banco de España.

5.^a *Gastos a cargo del prestatario.* En esta cláusula se especifican todos aquellos conceptos de gasto futuros o pendientes de pago que sean o se pacten a cargo del prestatario.

Podrán incluirse los siguientes conceptos:

a) Gastos de tasación del inmueble.

b) Aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca.

c) Impuestos.

d) Gastos de tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos.

e) Los derivados de la conservación del inmueble hipotecado, así como del seguro de daños del mismo.

f) Los derivados del seguro de vida del prestatario, cuando fueran aplicables.

g) Los gastos procesales o de otra naturaleza derivados del incumplimiento por el prestatario de su obligación de pago.

h) Cualquier otro gasto que corresponda a la efectiva prestación de un servicio, relacionado con el préstamo, que no sea inherente a la actividad de la entidad de crédito dirigida a la concesión o administración del préstamo.

6.^a *Intereses de demora.* En esta cláusula se especificará:

a) El tipo de interés de demora, expresado sea en forma de tanto por ciento anual, sea añadiendo un margen al tipo de interés de referencia.

b) La base sobre la que se aplicará el interés de demora y su forma de liquidación.

6.^a bis. *Resolución anticipada por la entidad de crédito.* Cuando se pacten expresamente, se indicarán en esta cláusula:

a) Las causas especiales, distintas a las generales previstas en las leyes, que facultan a la entidad prestamista para resolver anticipadamente el contrato de préstamo.

b) El importe de la penalización por resolución anticipada del contrato, cuando ésta se base en el incumplimiento por el prestatario de alguna de las obligaciones derivadas del contrato de préstamo.»

Hasta aquí las cláusulas financieras a que se refiere el Anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994, que he transcrito para una mejor comprensión de cuanto indica la Circular del Banco de España, al conectar los requisitos del referido Anexo con el tema de las subrogaciones que venimos estudiando.

Claro está que en la oferta vinculante no deben transcribirse todas las cláusulas, que éstas, en su caso, ya figuraran en la escritura correspondiente cuando se otorgue. En la oferta deben figurar las «condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras que resulten de aplicación», de entre las que hemos transcrito.

Asimismo, según la norma 6.^a bis.a) de la Circular del Banco de España, la oferta vinculante incluirá, cualquiera que sea la modalidad del tipo de interés, *la tasa anual equivalente* de la operación, calculada conforme a lo dispuesto en los apartados 2.4.a) y 6 de la norma octava si bien, entre los conceptos de coste se incluirá, además, el importe estimado de la comisión de cancelación del préstamos objeto de subrogación.

Por otro lado, con la oferta vinculante, las entidades financieras informarán al cliente del coste efectivo, correspondiente al período remanente, del préstamo en el que proyectan subrogarse. Este cálculo se realizará conforme a lo dispuesto en los mencionados apartados 2.4.a) y 6 de la norma octava, si bien se tomarán en cuenta exclusivamente aquellos conceptos de coste que quedarían por pagar si la operación siguiera su curso normal [cfr. norma 6.^a bis.a) de la Circular].

Siguiendo con el estudio de la oferta vinculante, diremos que para que la operación siga adelante por los cauces de la Ley 2/1994, deberá ser aceptada por el deudor.

Como quiera que tal aceptación abrirá el camino a una serie de trámites que suponen dedicación en el tiempo y gastos, a efectos probatorios entiendo que, como mínimo, conviene que dicho escrito sea firmado por el deudor y, si es persona física, por las personas que en su caso deben prestar su consentimiento a la subrogación (por ejemplo, cónyuge en su caso). En el supuesto de persona sujeta a tutela, la aceptación deberá hacerla el tutor, pero entiendo que tratándose esta subrogación de acto sujeto a inscripción (art. 271.2.º Código civil) precisará de autorización judicial. El testimonio de tal autorización puede ser conveniente tenerlo ya en este momento.

«La aceptación de la oferta por el deudor implicará su autorización para que la oferente se la notifique a la entidad acreedora y la requiera para que le entregue, en el plazo máximo de siete días naturales, certificación del importe del débito del deudor por el préstamo hipotecario en que se ha de subrogar», dice el art. 2.º, párrafo 2.º, inciso segundo de la ley.

Aquí, pese a haber concurso de oferta y aceptación, no hay todavía perfección del contrato de préstamo (dada su naturaleza de contrato real que se perfecciona con la entrega del dinero). Por otro lado, si lo hubiera, sería un extraño modo de fomento del incumplimiento el que la propia ley establece en el propio art. 2.º, párrafo tercero, al permitir que ese deudor que aceptó la oferta vinculante, pueda desligarse sin consecuencias económicas perjudiciales, pactando con el antiguo acreedor la novación modificativa del préstamo hipotecario. Y es que «vinculante» es la oferta. Pero, para la ley, no lo es la aceptación, al menos en esta fase de la operación. No nos extrañemos, quizá el error se halle en la expresión «oferta», que podría haberse sustituido por «propuesta», o «proyecto». No le doy mucha importancia a esto. En todos los préstamos que se otorgan y, concretándonos a los que pueden ser materia de nuestro estudio, en todos los préstamos hipotecarios, aun sin subrogación, es decir, aun fuera del ámbito de la Ley 2/1994, antes del otorgamiento hay una tácita aceptación de las condiciones del préstamo que luego se va a firmar. No se va a ciegas a la firma de la escritura (anécdotas aparte). ¿Cuántas veces en el momento del otorgamiento, al oír las explicaciones del Notario autorizante, se ha dejado de firmar la escritura? No diré que muchas veces, ésa es la verdad, pero aun siendo contados los casos, no conozco ninguno en que el banco o la entidad de crédito hayan considerado producida una ruptura de contrato reaccionando en consecuencia, por los medios jurídicos, contra el cliente.

Para que no haya duda el propio precepto señala los efectos de la aceptación de la oferta vinculante: la autorización para que

la ofrente haga la notificación a que se refiere el precepto antes transcrito del art. 2.º

La firma del cliente aceptando la oferta vinculante, va dirigida, o está pensada, en esta fase, más en relación con el antiguo acreedor que en relación al nuevo.

B. NOTIFICACIÓN A LA ENTIDAD ACREEDORA

Es el siguiente paso. La aceptación de la oferta por el deudor implica ya de por sí su autorización para que la oferente se la notifique a la entidad acreedora.

Se trata de una notificación y un requerimiento. La oferente debe comunicar a la acreedora los términos de la oferta aceptada. Y requerirá a la misma para que le entregue (a la oferente), en el plazo máximo de siete días naturales, certificación del importe del débito del deudor por el préstamo hipotecario en que se ha de subrogar.

Esto supone resolver previamente algunas dudas:

a) *A quién y dónde se efectuará*

En principio la contestación parece sencilla: debe notificarse a la entidad acreedora que concedió el préstamo en el que ahora va a quedar subrogada la entidad notificante, y en el domicilio de la misma. Que luego esta notificación vaya o no vaya a parar a manos de la persona o personas que en la entidad tengan competencia para ello, o que se pierda entre los demás papeles de dicha entidad es problema de ésta, no de la entidad notificante.

Ahora bien, aunque desprovistas de todo valor científico, permítaseme hacer algunas consideraciones de orden práctico. Si se tiene en cuenta la actual complejidad de algunas entidades de crédito, a veces resultará que la mejor manera de que no se entere quien deba enterarse es dirigir la notificación al domicilio legal de la entidad acreedora sin más especificaciones. Cierto que como antes he expuesto no es problema de la notificante sino de la entidad destinataria de la notificación. Pero no se olvide que a la entidad que va a quedar subrogada, le interesa una solución práctica, porque prefiere la cooperación de la entidad notificada, es decir, que la notificación surta un efecto práctico y pueda recibir la certificación que se demanda, más que una solución estrictamente legal pero sin eficacia práctica.

Esto supuesto creo que de la consideración de la finalidad que se persigue y del pago que se pretende, la notificación deberá dirigirse a la entidad acreedora, ciertamente, pero en la oficina en donde se hubiesen domiciliado los pagos de las amortizaciones y

de los intereses del préstamo que ahora va a ser objeto de subrogación.

El buen sentido aconsejará en cada caso si será necesaria alguna especificación más. Por ejemplo, si los pagos se han domiciliado en una agencia urbana del banco acreedor, bastará se dirija la notificación a la referida agencia, a la atención del director. Pero si los pagos se han domiciliado en la oficina principal del banco, es aconsejable que la notificación se dirija a tal Oficina Principal, pero especificando el departamento que dentro de dicha Oficina principal tenga las riendas de la tarea de certificar acerca del importe del débito del deudor por el préstamo hipotecario en que se ha de subrogar.

b) *Conducto para la práctica de la notificación*

Será válida la notificación que se practique por cualquier medio hábil en Derecho. Pero téngase en cuenta la conveniencia de disponer en su caso ulteriormente de un medio de prueba que sea relativamente cómodo. Por eso veamos ahora esos «medios hábiles en Derecho», en función de la ulterior probanza.

Obviamente dependerá fundamentalmente de que exista o no exista un espíritu de cooperación entre las entidades financieras implicadas en estas operaciones.

Si se piensa que la cooperación brillará por su ausencia, lo recomendable será la notificación notarial.

Si, competencia aparte, se mantienen las reglas de colaboración, creo que podría emplearse el fax.

Caso de no ser posible, podría encargarse al propio cliente que entregase la notificación, siempre que fuese acompañada de un duplicado en donde la entidad acreedora notificada, firmara el correspondiente recibí consignando la fecha en que se ha producido. Pero ¿se va a involucrar al cliente que quiere cambiar de acreedor, para que vaya justamente a las oficinas de tal entidad acreedora?

El envío por mensajero, o por un «propio», podría también ser aceptable (también consignando en el oportuno duplicado el recibí con la fecha en que se produce y la firma), pero no parece —según mis sondeos— que sea una fórmula que guste.

Ahora bien, una vez experimentado que tales medios no producen el resultado apetecido tendríamos que volver a la notificación notarial. Piénsese de otro modo en los inconvenientes que pueden presentarse al Banco notificante ante una falta de autenticidad en puntos claves previos a la operación.

c) *Contenido de la notificación*

Debe ser la oferta vinculante aceptada por el deudor y firmada por éste. Deberá acompañarse del requerimiento a la entidad acreedora para que entregue, en el plazo máximo de siete días naturales, certificación del importe del débito del deudor por el préstamo hipotecario en que se ha de subrogar.

En el escrito conviene que se detalle con precisión, el nombre y dirección de la oficina bancaria a la que debe remitirse tal certificación, con especificación, en su caso, del departamento a cuya atención debe producirse el envío. Con esto se trata de evitar que tal certificación sea entregada, en su caso, con o sin intención, a una oficina del Banco notificante en donde pueda dormir el sueño de los justos.

C. CERTIFICACIÓN DE LA ENTIDAD ACREEDORA

La entidad acreedora deberá entregar a la notificante o requirente en el plazo máximo de siete días naturales, certificación del importe del débito del deudor por el préstamo hipotecario en que se ha de subrogar el notificante o requirente.

El plazo de siete días se cuenta desde que la acreedora recibió la notificación por cualquier medio, hasta «que le entregue» la certificación a la entidad notificante.

¿Cómo debe «entregar» tal certificación a la entidad notificante? También aquí contestaré que por cualquier medio hábil en Derecho.

¿Valdrá una «puesta a disposición» en la propia oficina de la entidad acreedora?

La ley no habla de «pondrá a disposición», sino de entrega. Pero yo me pregunto si una «puesta a disposición» no es una manera de entregar la cosa, en este caso la certificación. Claro está que al menos deberá la antigua acreedora notificar a la entidad que se va a subrogar, que la certificación está a su disposición.

Lo deseable para la entidad notificante es que la entregue en la misma oficina de donde partió la notificación. Quiero decir en el domicilio señalado por el notificante como propio a estos efectos. Pero también lo deseable para la acreedora es que vayan a recogerla en sus propias oficinas.

¿Podría el propio cliente deudor recibir tal certificación en el domicilio u oficinas de la acreedora? No veo inconveniente en que así fuera siempre que en la certificación (por ejemplo al pie o al margen) se consignase la fecha de entrega. Repito que no veo inconveniente en ello. El Banco o entidad que va a quedar subrogado es ciertamente quien requiere la entrega. Pero tal re-

querimiento según está redactado el art. 2.II, parece que lo hace tal entidad por encargo (autorización) del cliente deudor, es decir, se trata de un mandatario, y no veo obstáculo en que el propio deudor reciba la certificación, si bien, debe consignarse en ésta la fecha de la entrega, porque tal fecha es el punto de arranque (*dies a quo*) del plazo para ejercicio del derecho a enervar la subrogación a que se refiere el art. 2.III.

Pero valen también aquí las consideraciones hechas antes acerca de lo poco recomendable que pueda ser involucrar al cliente en esta materia.

Y claro está que en lugar del cliente puede personarse el propio Banco por medio de uno de sus empleados, a la recepción de la certificación, consignando en ésta la fecha de la entrega.

D. QUE TRANSCURRAN QUINCE DÍAS NATURALES DESDE LA ENTREGA DE LA CERTIFICACIÓN SIN QUE POR LA ENTIDAD ACREEDORA SE HAYA FORMALIZADO CON EL DEUDOR NOVACIÓN MODIFICATIVA DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

La entidad acreedora, en efecto, según el art. 2.ºIV, de la Ley 2/1994, tendrá derecho a enervar la subrogación pretendida si durante el referido plazo formaliza con el deudor novación modificativa del préstamo hipotecario.

Esta novación requiere el consentimiento del deudor. De modo que si llegado este momento el deudor persiste en el cambio de acreedor, entiendo que nada podrá hacer la entidad acreedora. Porque, no es que ésta pueda decidir por su sola voluntad en la novación. Se enerva la subrogación, no porque la acreedora manifieste su voluntad de novar, sino formalizando con el deudor la novación modificativa del préstamo hipotecario. Y si éste no quiere puede seguir adelante la subrogación.

Evidentemente si llega a tal acuerdo con el deudor y formaliza la novación, ahí termina, frustrándose, la operación de subrogación.

Pero si no se formaliza la novación dentro del referido plazo, la subrogación puede seguir adelante cumpliéndose los demás requisitos que a continuación vamos a examinar.

E. ¿PAGO PREVIO A LA ESCRITURA?

Podría parecer, con una lectura rápida, que la ley exige que tal pago sea anterior a la escritura puesto que ésta debe recoger la manifestación de la subrogada de haber pagado a la acreedora la cantidad acreditada por ésta, por capital pendiente e intereses y comisiones devengadas y no satisfechas, y deberá incorporarse

a la escritura un «resguardo de la operación bancaria realizada con tal finalidad solutoria».

Si esto fuera así, parece que surgiría una contradicción con lo dispuesto en el art. 2.º-1, en donde el mecanismo de esta subrogación descansa en la previa recepción del dinero a préstamo por el deudor, con el cual paga éste a la acreedora. Pensar que el Banco va a entregar la cantidad prestada antes de la firma de la escritura sería una pura ingenuidad. Pero además sería un posible vehículo de fraude de acreedores intermedios, según hemos visto al estudiar el art. 1.211 del Código civil en la primera parte de este trabajo.

Sobre este presupuesto si el propio deudor adelanta el dinero y paga al acreedor produciría la extinción de la deuda, y si el que paga antes fuese el Banco (hipótesis también descartable en la práctica) se produciría, o podría producirse, una subrogación por pago, pero no una subrogación de las previstas en el art. 1.211 del Código civil, y ahora en este caso concreto, no sería una subrogación de las previstas en la Ley 2/1994.

Pero veamos con más detenimiento la práctica de la operación: En la escritura en las cláusulas «previas» o expositivas se recogerá la manifestación de que el dinero del préstamo tiene por destino el pago de la deuda con subrogación del actual banco prestamista.

Después en la cláusula que hace referencia a la entrega de la cantidad prestada (al prestatario), tras manifestar que se ha producido dicha entrega, con estas o parecidas palabras deberá indicarse que el prestatario autoriza expresamente al Banco para que destine su importe al pago de la deuda, identificando ésta. Siguiendo tales instrucciones el Banco realiza en este acto el pago mediante transferencia (en la que se indicará su finalidad solutoria) al Banco X, Oficina X, de conformidad con los términos de la notificación y ajustándose a las cifras de la certificación. Un ejemplar de la notificación y otro de la certificación conviene unir a la escritura. El resguardo de la transferencia en todo caso deberá quedar unido a la escritura.

4. Supuesto de falta de colaboración de la entidad acreedora

Lo contempla el art. 2.º-IV. Se trata de la hipótesis en que la entidad acreedora no hubiese comunicado la cantidad acreditada o se negase por cualquier causa a admitir su pago.

La disyuntiva no es muy clara habida cuenta de que para tales casos la solución del precepto es la de que la entidad subrogada «la calcule (la cantidad acreditada) bajo su responsabilidad y asumiendo las consecuencias de su error, que no serán repercutibles al deudor, y, tras manifestarlo, deposite dicha suma en poder del

notario autorizante de la escritura de subrogación, a disposición de la entidad acreedora». Digo que no es muy clara, porque ese cálculo tiene sentido cuando la falta de colaboración haya consistido en la falta de comunicación de la cantidad acreditada. Pero no cuando sólo se trate de negativa a admitir el pago («no hubiese comunicado... o se negase... a admitir el pago», dice el precepto).

Parece que esta última hipótesis no encaja bien en el esquema de la operación tal como la diseña la ley y no debe originar la consecuencia total antes indicada ya que en ella se sabrá cuál es ya la cantidad acreditada, y a lo sumo lo que podría admitirse es la segunda parte de la misma: el depósito de la cantidad ante notario. Pero incluso esa misma negativa a admitir el pago cuando se ha remitido la certificación, debe ser inadmisibles si no hay error en las cifras.

En tales casos «el notario notificará de oficio a la entidad acreedora, mediante la remisión de copia autorizada de la escritura de subrogación, pudiendo aquélla alegar error en la misma forma, dentro de los ocho días siguientes». Y «en este caso —sigue diciendo el art. 2.º-V— y sin perjuicio de que la subrogación surta todos sus efectos, el juez que fuese competente para entender 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, y, después de oírlas, admitirá los documentos que se presenten, y acordará dentro de los tres días, lo que estima procedente. El auto que dicte será apelable en un solo efecto, y el recurso se sustanciará por los trámites de apelación de los incidentes».

Realmente, cuando la resistencia del acreedor consista en su negativa a la aceptación del pago, o sea, a recibir la cantidad adeudada cuando coincida con la que él mismo ha señalado en la certificación, no debería precisar el trámite que señala este precepto. Creo que sería bastante con la oferta de pago seguida de consignación. Téngase en cuenta que para que la subrogación se produzca no es necesario que concurra la voluntad del acreedor. La subrogación opera sin ésta y aún contra su voluntad. Ciertamente que la consignación debe ser de toda la cantidad debida. Y lo que puede ofrecer dudas es el *quantum* de lo debido. Pero, por eso limitamos esta solución a la hipótesis en que habiéndose remitido la oportuna certificación, se negase después el antiguo acreedor a aceptar el pago.

5. Escritura de préstamo con subrogación. Escritura complementaria en su caso

Ya venimos haciendo referencia a la escritura que tiene que otorgarse por el Banco que ha de quedar subrogado y el deudor subrogante.

Parece que esta escritura deberá recoger, por supuesto, el destino o finalidad del préstamo, la entrega de la cantidad prestada, y el pago al acreedor, en primer lugar.

Y en segundo lugar, la subrogación producida, y la mejora de las condiciones del tipo. Según el art. 4.º «en la escritura de subrogación sólo se podrá pactar la mejora de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado vigente».

Hasta aquí, lo que se puede y aun se debe recoger en la escritura si es que se quiere gozar de los beneficios fiscales del art. 7.º

Cualquier otro beneficio o mejora que no se refiera a las condiciones del tipo, y que se quiera pactar, es conveniente llevarlo a otra escritura por las razones fiscales antes indicadas. Según qué clase de beneficios o mejoras se quieran añadir, se verá caso por caso su trascendencia tributaria para seguir adelante o contentarse con la escritura de subrogación.

6. Constancia registral de la subrogación

Tendrá lugar, según el art. 5.º, por medio de nota marginal. Dicho precepto ordena que «el hecho de la subrogación no surtirá efecto contra terceros, si no se hace constar en el Registro por medio de una nota marginal que expresará las circunstancias siguientes...».

Y en el último párrafo del artículo afirma que «basta para que el registrador practique la inscripción de la subrogación que la escritura cumpla lo dispuesto en el art. 2.º de esta Ley, aunque no se haya realizado aún la notificación al primitivo acreedor. No serán objeto de nueva calificación las cláusulas inscritas del préstamo hipotecario que no se modifiquen. El registrador no podrá exigir la presentación del título de crédito».

Destaca en este art. que diga que basta que la escritura cumpla lo dispuesto en el art. 2.º, para que pueda ser inscrita aunque no se haya realizado aún la notificación al primitivo acreedor. ¡Pero esta notificación se halla establecida en el art. 2.º como requisito o trámite a seguir en el supuesto que estamos estudiando!

Parece, por tanto, que admite la posibilidad de una escritura de préstamo con subrogación en la que no se haga referencia a

la práctica (ya realizada) de la notificación. Lo que no quiere decir que no haya de producirse.

¿Se referirá a la notificación de la firma de la escritura?

De las dos notificaciones que se contemplan en el art. 2.º, y en general en toda la ley, una se refiere a la notificación de la oferta vinculante aceptada por el deudor (art. 2.ºII): y la otra se refiere a la notificación de la estructura de subrogación (o mejor dicho escritura de préstamo y subrogación) (art. 2.ºIV).

La notificación de la escritura de subrogación al primitivo acreedor parece preverla la ley en su art. 2.ºIV *in fine* sólo para la hipótesis contemplada en el párrafo cuarto de dicho art. 2.º, es decir, cuando por no haber remitido el primitivo acreedor la certificación relativa al importe del débito, a la entidad que se va a subrogar, dentro del plazo previsto en el art. 2.ºII (o según el precepto cuando la acreedora se negase por cualquier causa a admitir su pago) lo hubiese calculado la entidad subrogada, y depositado dicha suma en poder del notario autorizante de la escritura de subrogación, a disposición de la entidad acreedora. «A tal fin (es decir, a fin de que llegue a conocimiento de la entidad acreedora que se halla a su disposición la referida suma) el notario notificará de oficio a la entidad acreedora, mediante remisión de copia autorizada de la escritura de subrogación...», etc., teniendo en tales casos la acreedora la posibilidad de alegar error en la misma forma en el plazo de ocho días y con las consecuencias que antes hemos visto y que se regulan en el último párrafo del art. 2.º

Fuera de la referida notificación de la escritura, no hay luego otra mención. Y si con carácter general en el art. 5.º, último párrafo, que es el que estamos analizando en este momento, una referencia a «la notificación al primitivo acreedor».

Pues bien, no creo que «la notificación al primitivo acreedor» a que se alude en el art. 5.º pueda ser la notificación de la oferta vinculante aceptada. Esta forma parte del procedimiento previo al otorgamiento de la escritura en la que el Banco subrogado formalizará el préstamo y subrogación, y no parece que pueda prescindirse de la misma. Por otro lado, de la letra del propio art. 5.º, párrafo último, parece deducirse que no se trata de dispensar en absoluto de la práctica de dicha notificación, ya que el precepto dice «aunque no se haya realizado aún la notificación». El adverbio «aún» denota que no se excluye la práctica de tal notificación después de la constatación registral de la subrogación, aunque pueda practicarse en momento ulterior. Y esto sólo puede ocurrir con la notificación de la escritura, cuando ya todo el proceso subrogatorio se halla ultimado, a reserva en la hipótesis del art. 2.ºIV, de la decisión judicial sobre el posible error que se haya padecido.

Concretada, en mi entender a la notificación de la escritura de subrogación, podemos distinguir la siguiente disyuntiva:

O se refiere al requisito de la notificación de la escritura a los efectos de que la entidad acreedora tuviese conocimiento de la puesta a su disposición de la cantidad debitada por el deudor según cálculo de la entidad subrogada, a que se refiere el art. 2.ºIV. No olvidemos que la «puesta a disposición» es un pago (que podrá no ser aceptado).

O se refiere a una hipotética notificación de la escritura que se practique a instancia del Banco subrogado una vez que se haya otorgado dicha escritura para un cabal conocimiento del primitivo acreedor, y que tanto comprende el caso del párrafo anterior, como cualquiera otro distinto en que no concurren las circunstancias del mismo.

Dado que se trata de no exigir la notificación para la práctica de la nota marginal en el Registro de la propiedad y no de imponer un requisito, creo que debe entenderse uno y otro caso. Ni la falta de notificación de la escritura a los efectos del art. 2.ºIV, ni la falta de la notificación que, aun sin exigirlo expresamente la ley, pueda entenderse que debe hacerse en los demás casos, a efectos de conocimiento del primitivo acreedor, ni en un caso ni en el otro, pueden enervar la práctica de la nota marginal.

Pero ya supuesto lo que afirmamos, y en el segundo caso indicado (casos generales distintos a los del art. 2.º-IV), ¿debe notificarse la escritura de subrogación una vez otorgada?

Entiendo que no, puesto que ningún precepto lo impone. Lo impone en el supuesto de resistencia del acreedor primitivo, en el art. 2.º-IV, según hemos visto. Pero, cuando el acreedor primitivo entrega la certificación relativa al importe del débito, y la entidad subrogada paga al mismo el total reclamado, la ley guarda silencio, y ante tal silencio de la ley, no parece pueda imponerse una obligación de notificar el contenido de la escritura, y por otro lado, no veo yo qué interés pueda tener el acreedor primitivo, ya reintegrado de cuanto se le debía, en recibir *en todos los casos* una notificación mediante remisión de la escritura otorgada de préstamo y subrogación. Todo ello sin perjuicio de que pueda solicitar copia en los casos en que les interese.

V. OTROS DETALLES DEL REGIMEN DE LA SUBROGACION EN LA LEY 2/1994

1. ¿Se puede pactar una modificación del plazo de duración del préstamo en la propia escritura de préstamo con subrogación?

Aclaro que la pregunta debe ser completada con la siguiente matización: ¿conservando los beneficios fiscales y demás reconocidos en la ley? Porque es claro en todo caso en que, pagando

los impuestos y gastos que procedan, ambas partes se pongan de acuerdo en prolongar o recortar el plazo de duración del préstamo, ninguna objeción puede hacerse a tal decisión.

La ley favorece la bajada de tipos con la medida de eliminar o rebajar unos impuestos y gastos, en definitiva el coste de la operación. Y esta bajada de tipos anunciada como finalidad de la norma, favorece la política de bajada de tipos de interés que, por otro lado, ayudará también al cumplimiento de los compromisos políticos asumidos por España (véase art. 4.º del Protocolo sobre los criterios de convergencia previstos en el art. 109.J del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Protocolo anejo al Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992). Y ahí se detuvo el legislador.

La Exposición de Motivos hace referencia a situaciones análogas producidas en tiempos pretéritos históricamente reiteradas, y ello es cierto. Pero también históricamente se ha producido con la modificación del tipo de interés una alteración del plazo. Sólo que éste ahora no interesa, o simplemente se ha olvidado el legislador, preocupado sin duda por una política de rebaja de tipos de interés.

A mí no se me alcanza el porqué de la limitación impuesta en el art. 4.º al reducir el pacto exclusivamente a «la mejora de las condiciones del tipo de interés...». Pero así es. Y frente a tal norma, el pacto relativo a la alteración del plazo, traerá como consecuencia la pérdida de los beneficios fiscales y demás concedidos. Sobre todo si se compara este precepto del art. 4.º con el del art. 9.º relativo a la que la ley llama «novación modificativa de préstamos hipotecarios», en el que, ahí sí, expresamente se indica que «conjuntamente con esta mejora (la de las condiciones del tipo de interés), se podrá pactar la alteración del plazo». Y es que aquí no hay competencia, aquí la operación se prepara entre acreedor hipotecario y deudor. Aquí expresamente se permite la alteración del plazo. Pero cuando está interesada otra entidad, y entra en juego la competencia, lo que se favorece es la bajada de tipos.

Así pues, en tema de alteración de plazo cabe distinguir:

A) EN LA SUBROGACIÓN

Cabe subdistinguir:

a) *Al amparo del art. 1.211 del Código civil*

Recordemos su texto: «El deudor podrá hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar

su propósito en ella, y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada.»

Este precepto no ha quedado derogado por la Ley 2/1994. Es por tanto posible que el deudor negocie la operación con el banco o entidad que va a quedar subrogada, con plena libertad sin las limitaciones de la Ley 2/1994, pero, eso sí, con préstamo (y subrogación) y además *carta de pago* en los términos del art. que acabamos de transcribir, y según lo hemos estudiado en la primera parte de este trabajo: es decir, haciendo constar en el préstamo el destino de la cantidad prestada para el pago de la concreta deuda, y otorgándose la carta de pago por el acreedor con expresión de la procedencia de la cantidad pagada. Además, es importante destacar que en este caso no serán de aplicación los beneficios fiscales y arancelarios que por el contrario sí tendría si se aplicase la Ley 2/1994. Lo que restará mucho interés a esta solución por ser más costosa.

Existe una limitación en cuanto a la comisión de amortización anticipada, cuando se trata de una de las entidades financieras a que se refiere el art. 2.º de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Mercado Hipotecario, por aplicación de la Disposición Adicional 1.ª de la Ley 2/1994, según la cual «en los préstamos hipotecarios a interés variable, a que se refiere el art. 1.º de esta Ley, la entidad acreedora no podrá percibir por comisión de amortización anticipada *no subrogatoria* más del 1 por 100 del capital que se amortiza aunque estuviese pactada una comisión mayor». Esta norma es de aplicación cuando no se produzca subrogación, y tratándose de una de las entidades antes referidas.

Pero es dudoso que tratándose de una subrogación al amparo del 1.211 del Código civil se pueda aplicar. En el caso de que el negocio se pactara a la sombra del art. 1.211 se produce una subrogación. Si se quisiera esta limitación, la norma aplicable sería la del art. 3.º de la Ley 2/1994. Pero por hipótesis estamos tratando de una operación que se trata de llevar al ámbito del Código civil, art. 1.211 y no a la Ley 2/1994. La norma de la Disposición Adicional 1.ª tiene ya una aplicación más general aunque en cierto modo concretada a las entidades a que se refiere el art. 1.º de la Ley 2/1981. Y por otro lado contempla un supuesto que no es el del art. 1.211, ya que en éste se parte de la base de que hay subrogación.

b) *Al amparo de la Ley 2/1994*

No es posible la alteración, mejor dicho, no es compatible la alteración del plazo con la eliminación de la carta de pago y el goce de los beneficios fiscales y demás concedidos por la ley. En definitiva, no es posible la alteración de plazo y la aplicación al mismo tiempo de la Ley 2/1994. Si se altera el plazo, habrá

que acudir, según hemos visto, a la norma del art. 1.211 del Código civil, y aplicar tal precepto con todas sus consecuencias.

B) EN LA LLAMADA NOVACIÓN MODIFICATIVA ⁴

Es posible la alteración subsistiendo con ella los beneficios de todo orden que concede la ley.

Ahora bien, recuérdese que conforme al art. 1.861 del Código civil, «la prórroga concedida al deudor por el acreedor, sin el consentimiento del fiador extingue la fianza». Por ello, es recomendable que en los casos frecuentes en que además de la hipoteca se pacta una fianza, se estipule en cuanto a ésta que la fianza subsistirá aun cuando se conceda una prórroga del plazo al deudor. En otro caso, y de no concurrir también a la firma de la escritura el fiador, la fianza quedaría extinguida por aplicación del citado art. 1.851 del Código civil.

En cuanto a la hipoteca, téngase en cuenta respecto a posibles segundas hipotecas, posteriores a la que estamos considerando, anteriores sin embargo a la prórroga que ahora se concede, que está prórroga no será oponible frente a los titulares de tales segundas hipotecas.

2. ¿Se podría alterar el plazo en escritura posterior?

Se trata de conseguir el efecto de la alteración del plazo, gozando de los beneficios legales, todo ello en una operación de subrogación, pero llevada a cabo en dos fases: 1.^a préstamo y subrogación rebajando las condiciones del tipo. 2.^a Alteración del plazo.

Creo que si tal operación se efectuara en las dos fases así definidas, la consecuencia sería que para la segunda no existirían los beneficios ni del art. 7.^o, ni del 9.^o de la ley. Para la primera fase, evidentemente se obtendrían los beneficios (art. 7.^o). Mas para la segunda fase (modificación simple del préstamo) no po-

⁴ Digo «llamada novación modificativa». Obsérvese que lo que se da en el caso que contempla el art. 9.^o es una modificación simple de la relación obligatoria con pervivencia de efectos, figura que tiene propia autonomía respecto de la novación, según Díez PICAZO (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. II. *Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, p. 800). Como dice el profesor Díez-PICAZO «la figura de la modificación de la relación obligatoria cobra en sí misma una evidente autonomía y... para esclarecer el panorama deben invertirse los términos tradicionales. En lugar de hablar de una novación extintiva y de una novación modificativa, debe hablarse de una modificación simple con pervivencia de efectos y de una modificación extintiva con total sustitución de la reglamentación o del sistema de organización de intereses establecidos por las partes».

drían obtenerse los del art. 7.º, ya que la hipótesis de la norma es distinta, ni los del art. 9.º, puesto que el precepto exige que se produzca la rebaja de las condiciones del tipo conjuntamente con la alteración del plazo.

Pero hay una posibilidad de preparar la operación acomodándola a los preceptos indicados, en dos fases también:

1.ª Fase. Se prepara la operación en base a una rebaja de las condiciones del tipo, pero sin agotar la rebaja total prevista. Por ejemplo, si se proyecta una rebaja total de cuatro puntos, en la primera fase se rebajan tres. Aquí en esta fase se produciría, con la rebaja de las condiciones del tipo, la subrogación.

2.ª Fase. Una vez producida la subrogación, se otorga una escritura de modificación simple del préstamo (la llamada por la ley «novación modificativa») concurriendo tan sólo el nuevo acreedor y el deudor. En la escritura se rebajaría el tipo en un punto, y conjuntamente con esta mejora se pactaría la prolongación del plazo de duración del préstamo.

Vale, sin embargo, lo que hemos dicho antes respecto a las consecuencias de la prórroga.

3. La comisión por amortización anticipada

La ley establece unas limitaciones en la cuantía a percibir por la entidad acreedora en el supuesto que estamos examinando, es decir, en las subrogaciones que se produzcan en los préstamos hipotecarios, *pero sólo cuando el préstamo es a interés variable. Cuando el préstamo es a interés fijo* no existen tales limitaciones.

«En las subrogaciones que se produzcan en los préstamos hipotecarios, a interés variable, referidos en el art. 1.º de esta Ley —dice el art. 3.º— la cantidad a percibir por la entidad acreedora en concepto de comisión por la amortización anticipada de su crédito, se calculará sobre el capital pendiente de amortizar, de conformidad con las siguientes reglas: ...»

Por tanto la norma se refiere a los préstamos a interés variable. La propia Exposición de Motivos explica la razón de ser del trato diferente entre unos y otros préstamos. «El art. 3.º —dice— limita la cuantía de la cantidad a percibir por la entidad acreedora, en concepto de comisión por la amortización anticipada de su crédito, *en los préstamos a interés variable*. La razón de esta reducción estriba en que en esta modalidad de préstamos, a diferencia de lo que ocurre en los préstamos a tipo fijo, el acreedor asume habitualmente un escaso riesgo financiero, lo que asemeja en este caso dicha comisión de cancelación a una pena por desistimiento. Y como toda pena es siempre equitativamente moderable por los Tribunales, según el art. 1.154 del Código civil, resulta lógico concluir que esta moderación pueda efectuarse también por ley,

muy especialmente en momentos de crisis económica y tratándose de *contratos en masa de ejecución sucesiva y de larga duración*, en los que el consumidor se ha adherido a un texto contractual preestablecido por la entidad de crédito. Y no cabe objetar que esta limitación implique una injerencia de la Administración en el libre funcionamiento del mercado, pues no es otra cosa sino una mejora del sistema jurídico-institucional, para adecuar la ordenación del mercado a las necesidades de cada momento. De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se tiene en cuenta ponderadamente la repercusión que el pago anticipado pueda acarrear a la entidad de crédito moderando su cuantía al fijar un porcentaje significativo en los préstamos a interés variable. A estos efectos se *entenderá como préstamo de interés variable aquel que modifica su tipo de interés en el transcurso de su período de amortización*.

Hastás aquí la Exposición de Motivos de la ley. He subrayado las últimas líneas porque la idea o el concepto que lanzan es una más de las numerosas dudas que esta ley plantea.

Lo que pasa es que tal idea o concepto no se halla en los preceptos de la ley, sino en el preámbulo de ésta, al exponer los motivos que han inducido a su promulgación, y por tanto hay que considerar esas palabras subrayadas como una opinión, pero no como una norma preceptiva.

De todos modos ¿Qué quiere decir «aquel que modifica su tipo de interés en el transcurso de su período de amortización»?

No me parece acertado entender que un préstamo a interés fijo, y que sigue así en el transcurso de su período de amortización, pasa a ser variable cuando se modifica el tipo pero continúa siendo fijo.

Por el contrario, un préstamo nacido con interés fijo, si, por pacto entre la entidad acreedora y el prestatario, o en virtud de ejercicio de la facultad que se le concede al deudor cuando en el préstamo se ha incluido una cláusula optativa en cuanto a la modalidad de interés, pasa a partir de un determinado momento a indicarse, bien por referencia al precio del dinero en un concreto mercado (por ejemplo Mibor), o con relación a los tipos medios de interés que declaren (y publiquen) ciertas entidades, en este caso el préstamo que nació a interés fijo, pasa a ser un préstamo a interés variable.

Es decir, que lo que se modifica en este ejemplo es el sistema de determinación del tipo de interés. O si se quiere, las «condiciones» con arreglo a las cuales se determina el tipo de interés.

Pero además no quiero pasar en alto la incorrección de las palabras de la Exposición de Motivos en cuanto a la desdichada cita del art. 1.154. Léase este artículo sobre la cláusula penal «el juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deu-

dor». Y después de su lectura se comprenderá que no hay lugar en este caso a la aplicación de tal artículo por cuanto no existe, en el mismo, el presupuesto de incumplimiento de la obligación sobre el que está montada la cláusula penal. El prestatario que amortiza el préstamo antes del vencimiento del plazo fijado en el contrato para ello, no está incumpliendo su obligación. O lo hace al amparo de las cláusulas que pactan precisamente la comisión por amortización anticipada, o en uso de la facultad que le concede la ley.

Y en fin, eso de que la limitación que establece la ley no implica una injerencia de la Administración en el libre funcionamiento del mercado, es una opinión muy respetable, pero que no comparto. Podrá ser conveniente a los intereses generales en la actual coyuntura económica, pero no se diga que no hay injerencia. La hay y quizá mayor que cuando se impone o se tratara de imponer una tasa o limitación en otros contratos como en la compraventa o arrendamiento. Porque en este caso, y si recordamos los orígenes del precepto, puede verse una a modo de cesión del crédito del acreedor primitivo, *vellis nollis*, por tanto con carácter forzoso para él lo que recuerda la figura de la expropiación forzosa, sólo que no por su verdadero valor (un crédito hipotecario con alto interés), sino por precio que no se corresponde al mismo, rebajando la comisión de amortización pactada para tal evento. No es de extrañar que se haya apuntado, ya, la posible inconstitucionalidad de la ley, en este punto.

Este supuesto y volviendo al estudio de la comisión de amortización, repetiré que:

En los préstamos a interés fijo no se produce una reducción o limitación en cuanto a las percepciones que por este concepto pueda exigir la primitiva entidad acreedora.

En los préstamos a interés variable, por el contrario, se regula en el art. 3.º de la ley la cantidad a percibir por la amortización anticipada, que se calculará como ya ha venido siendo usual, sobre el capital pendiente de amortizar, pero ahora con arreglo a las siguientes pautas:

1.ª «*Cuando se haya pactado amortización anticipada sin fijar comisión*, no habrá derecho a percibir cantidad alguna por este concepto.»

2.ª «*Si se hubiese pactado una comisión de amortización anticipada igual o inferior al 1 por 100*, la comisión a percibir será la pactada.»

3.ª «*En los demás casos*, la entidad acreedora solamente podrá percibir por comisión de amortización anticipada el 1 por 100 cualquiera que sea la que se hubiere pactado.»

No obstante en este último caso, el art. 3.3.ª dispone que «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 aquél. La alegación del daño por la acreedora no impedirá la realización de la subrogación, si concurren las circunstancias establecidas en la presente ley, y sólo dará lugar a que se indemnice, en su momento, la cantidad que corresponda por el daño producido».

Es decir, parece que se refiere al *damnum emergens*, pero no al *lucrum cesans*. Aunque confieso que no se me alcanza cuál puede ser ese «daño económico que no implique la sola pérdida de ganancias», y producido además en forma directa como consecuencia de la amortización anticipada. En todo caso, tal daño deberá ser probado, incumbiendo la carga de la prueba al acreedor que es quien la alega.

En el supuesto de que la entidad acreedora certificara el importe del débito, sumando al mismo un presunto «daño económico» (de los que el art. 3.3.^a permite reclamar según acabamos de ver). *¿Qué hacer en este caso?*

Puesto que según el art. 3.3.^a la alegación del daño no impedirá la realización de la subrogación, supuesto que se cumplan los demás requisitos, y sólo dará lugar a que se indemnice *en su momento* la cantidad que corresponda por el daño producido, parece lógico entender como posible que de momento se pague la cantidad certificada en concepto de importe del débito, con exclusión de la cantidad reclamada en concepto de daños.

Si el antiguo acreedor rechazara en tal caso el pago creo posible que se proceda en la forma prevista en el art. 2.º-IV, es decir, que se deposite la suma en poder del notario autorizante de la escritura de subrogación, a disposición de la entidad acreedora. El notario notificará de oficio a la entidad acreedora mediante remisión de copia autorizada de la escritura de subrogación, pudiendo aquélla alegar error en la misma forma. Y, en fin, procediendo a continuación en la forma que se prevé en el último párrafo del art. 2.º, es decir que «sin perjuicio de que la subrogación surta todos sus efectos, el juez que fuese competente para entender 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, y, después de oírlas admitirá los documentos que se presenten, y acordará, dentro de los tres días, lo que estima procedente. El auto que dicte será apelable en un solo efecto, y el recurso se sustanciará por los trámites de apelación de los incidentes».

Cierto que en el procedimiento a seguir que señala el art. 2.º, IV, para el caso de negativa a aceptar el pago, se establece que el acreedor subrogado calcule la cuantía del débito «bajo su responsabilidad y asumiendo las consecuencias de su error». Y aquí, por hipótesis, la cuantía del débito, será la resultante de la certificación, exclusión hecha del «plus» del presunto daño, por lo que

en principio parece tratarse de hipótesis distinta que podría conducir a una consignación judicial y no a la entrega de la cantidad al notario.

Pero, no obstante, creo no deben existir grandes dificultades en admitir el mismo procedimiento para el caso que examinamos: si cuando hay que calcular la cantidad porque ésta no ha sido fijada por el antiguo acreedor, se permite que la calcule el nuevo y la consigne en poder del notario, cuando ha mediado certificación, pero seguida después de la negativa a aceptar el pago, bastará, acogiéndose literalmente a la letra de la ley, que ante tal negativa del antiguo acreedor, haga el «cálculo» el nuevo acreedor, y nada le impide que lo haga ajustándose al que ya ha hecho el acreedor anterior. Si, daños presuntos aparte, la cantidad «calculada» coincide con la reclamada por el antiguo acreedor ¿va a negar éste la cifra? Y por otro lado ¿hay algo que impida que el «cálculo» de la cantidad coincida con la reclamada por el acreedor anterior? Parece, por tanto, que la hipótesis que planteamos puede entenderse ajustada a la de la norma de modo que permita solucionar el problema entre acreedores de un modo rápido, aplicando los remedios del art. 2.º-IV y V y, en consecuencia el acreedor que va a subrogarse pueda depositar la suma calculada en poder del notario, sin necesidad de acudir a la consignación judicial. Pero además en este caso debe entenderse que la operación aquí y a diferencia del supuesto en que la cantidad a depositar sea tan sólo la resultante del cálculo del nuevo acreedor, sin que medie certificación del antiguo o discrepando de la que éste haya reclamado, aquí, repito, no debe entenderse aplicable la regla del art. 2.º-IV, cuando establece que el cálculo es «bajo su responsabilidad y asumiendo las consecuencias de su error». Y ello porque, propiamente, el acreedor subrogado, no ha hecho el cálculo, sino que ha hecho suyo el del antiguo acreedor, y no puede en consecuencia haber padecido, él, un error. Ha sido el antiguo acreedor el que lo ha hecho, y el nuevo no hace más que aceptar la cuantía fijada, aunque sin agregar a ella la cantidad que señala el antiguo acreedor por daños.

4. Supuesto de viviendas de protección oficial

¿Pueden ser aplicadas las normas de la Ley 2/1994 a las viviendas de protección oficial?

No existe en tal ley ningún precepto que excluya de su ámbito de aplicación a estas viviendas. Por tanto, la contestación debe ser en principio afirmativa. Se puede producir la subrogación, al amparo de la Ley 2/1994, aun tratándose de hipoteca que recaiga sobre vivienda de protección oficial.

Pero que sea legalmente posible no quiere decir que en todo caso sea de interés para las entidades de crédito, o para el mismo prestatario. Y si llegáramos a la conclusión de que efectivamente la subrogación carece de interés para prestatarios y acreedores, obviamente la harían inaplicable en la práctica para esta modalidad de bienes.

Creo que es conveniente distinguir varias hipótesis:

A) INTERESES DEL PRÉSTAMO

No hace falta que digamos a estas alturas que la finalidad más importante que se persigue es la de permitir a los prestatarios beneficiarse del descenso generalizado de los tipos de interés a la par que contribuir a esa rebaja, de acuerdo con lo que el poder ejecutivo entiende es lo conveniente en el momento actual.

Pues bien, aun en la hipótesis en que nos encontremos con unos préstamos que tengan o puedan tener tipos legales o superiores a los del mercado, pero en los que al prestatario le cuesta menos que a los demás prestatarios en general, no habrá duda de que en tales casos no se acudirá a la aplicación de los resortes de la Ley 2/1994.

Esta hipótesis se producirá en los préstamos cualificados, y en los préstamos subsidiados que se hayan podido conceder al amparo del Real Decreto 1932 de 20 de diciembre de 1991, sobre medidas de financiación de actuaciones protegibles en materia de viviendas. Según este Real Decreto entre las modalidades de financiación cualificada de las actuaciones protegibles en materia de viviendas figuran los préstamos cualificados concedidos por las entidades de crédito públicas y privadas en el ámbito de los convenios suscritos con el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, y la subsidiación de los préstamos cualificados por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes (o por la Comunidad Autónoma respectiva).

En el supuesto de que se trate de préstamos que de un modo u otro se hallan subsidiados, la subsidiación consiste en el abono a la entidad de crédito prestamista con cargo a los presupuestos del MOP la diferencia entre el tipo de interés contratado y el tipo de interés subsidiado, de modo que el banco en la hipótesis planteada antes, cobra en definitiva un tipo de interés que actualmente es más alto que el general de mercado, mientras que el prestatario paga un tipo de interés (el subsidiado) que es más bajo que el de mercado. Al efecto, cada entidad de crédito firmante del convenio remitirá, conforme al convenio, y con la periodicidad pactada, una relación de los préstamos otorgados en el período a que se refiere la declaración, y es después (al mes siguiente) cuando la Comu-

nidad Autónoma le abona (o debe abonar) a la entidad de crédito la subsidiación correspondiente.

En caso de que el tipo de interés contratado tenga carácter variable, la cuantía máxima de la subsidiación será durante cada período subsidiado, la que correspondería a la diferencia existente entre los tipos de interés inicial y subsidiado, pudiendo disminuir, o incluso anularse, si el tipo de interés sin subsidiar contratado aplicable en un período, fuera inferior al tipo inicial contratado.

Para hacernos una idea del tipo de interés diremos que según el art. 14.3 del RD 1932/1991, el tipo de interés subsidiado para los adquirentes, adjudicatarios y promotores para uso propio que reúnan las condiciones del art. 6.º (se refiere a las personas cuyos ingresos ponderados no excedan de 3,5 veces el salario mínimo interprofesional y que no hubieran tenido anteriormente vivienda en propiedad, siempre que las viviendas adquiridas tengan una superficie que no exceda de 70 metros cuadrados útiles) será del 6,5 por 100 anual (art. 14.3), y en los supuestos del art. 19 pueden ser del 5 por 100, y aun del 4 por 100.

En tales casos y mientras dure la subsidiación no es de esperar que el prestatario acuda al préstamo con subrogación que regula la Ley 2/1994, y a tales efectos conviene tener en cuenta que el art. 4.º2, determina que la subsidiación se concederá por un período de cinco años salvo en el caso en que el Real Decreto disponga otra cosa (para determinadas modalidades de préstamos), si bien tal período de tiempo podrá ser ampliado sin que en ningún caso la suma de períodos subsidiados exceda del plazo de amortización del préstamo.

Pero si en estos casos no es probable que se acuda a los resortes de la Ley 2/1994, en otros puede interesar. Así en los casos de financiación para adquisición por precio que no exceda por metro cuadrado útil, de los establecidos en el art. 26, de viviendas de protección oficial en segunda o posterior transmisión o adjudicación: y de viviendas libres, usadas o de nueva construcción. En general el tipo subsidiado es el antes señalado del 6,5 por 100 (art. 24.1, en relación con el 14). Pero cuando la vivienda exceda de 90 metros cuadrados de superficie útil (sin sobrepasar el tope de 120 metros cuadrados), entonces el tipo subsidiado es del 11 por 100. Este tipo es hoy ya superior a los tipos de mercado. Aquí sí que es probable que el prestatario intente acogerse a la Ley 2/1994.

A salvo lo que se haya estipulado en los convenios que suscriba o haya suscrito el MOP o Comunidad Autónoma con entidades de crédito en los que el tipo de interés será fijado por el Consejo de Ministros [art. 11.b)] (o, según creo, por el Gobierno de la Comunidad Autónoma, en su caso), no me parece dudoso que pueda invocarse para estos préstamos la Ley 2/1994.

Más aún, no es ya que puede aplicarse en su caso la Ley 2/1994 que, repito, puede aplicarse. Lo absurdo sería que no pudiera aplicarse, que se siguieran subsidiando los préstamos a costa en definitiva del contribuyente cuando, por la vía de la autonomía de la voluntad se pudiera lograr un resultado análogo y sin costo para la sociedad. El problema es por tanto de carácter práctico mas que teórico, y en cada caso podrá apreciarse si existen o no dificultades o inconvenientes prácticos para acudir a la subrogación.

B) PROBLEMAS DE EJECUCIÓN

Los problemas de ejecución son los mismos que pueden presentarse en general (aun sin subrogación), para todo préstamo con garantía hipotecaria de una vivienda de protección oficial, y tales problemas pueden presentarse fundamentalmente en cuanto a determinados regimenes de viviendas de protección oficial que exigen:

— para poder ser titular la concurrencia de determinados requisitos;

— y/o un precio tasado para la venta.

Estas exigencias no impiden, ciertamente, la ejecución pero:

— en cuanto al primer supuesto podrían obstaculizarla si se entendiera que impiden la concurrencia a la subasta a personas que no reúnan las condiciones requeridas para acceder a la titularidad de una de estas viviendas. A este respecto no debemos confundir los requisitos para acogerse a los beneficios de una financiación cualificada, de los requisitos para ser titular de una de estas viviendas. Ahora nos interesa esto último. Por regla general cualquier persona, incluso persona jurídica, puede ser titular de la propiedad de una de estas viviendas. Pero tratándose de viviendas de promoción pública sólo podrán ser beneficiarios las personas físicas cuyos ingresos anuales y los de su familia sean inferiores al 25 por 100 del precio de venta de la vivienda.

— Y en cuanto al segundo, precio tasado, es cuestión a tener en cuenta según la suma de responsabilidad garantizada por la hipoteca.

A este respecto la materia queda en cierto modo más simplificada desde el Real Decreto 727 de 14 de mayo de 1993, ya que a partir del mismo habrá que distinguir:

Viviendas de protección oficial de promoción privada acogidas a regimenes anteriores al Real Decreto-ley 31 de 31 de octubre de 1978: el precio de venta en segundas y posteriores transmisiones, será el que acuerden libremente las partes. A estos efectos, también se considerarán segundas transmisiones, las primeras que se realicen a partir de la vigencia del RD 727/1993, cuando las

viviendas se destinaron con anterioridad a arrendamiento o estuvieran ocupadas por quienes las promovieron.

Viviendas de promoción privada acogidas al Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre: Tienen precio tasado. El precio máximo de venta en segundas y posteriores transmisiones será el máximo que corresponda a las viviendas de protección oficial que se califiquen provisionalmente en el año en que tenga lugar el contrato de compraventa, en la correspondiente área geográfica.

Viviendas de promoción pública: Tienen precio tasado.

Pero ¿realmente impiden a tales personas acudir a la subasta?, y ¿realmente el precio tasado en las ventas voluntarias debe también imperar en las ventas forzosas en las que abocan las subastas?

La cuestión es dudosa. En la práctica parece que no hay tales limitaciones, o al menos no se tienen en cuenta.

En todo caso aun acudiendo a la subasta una persona que, según el régimen a que se halle acogida la vivienda no puede ser titular de su propiedad, podría existir la posibilidad de descalificarla o volverla a vender.

Y en el supuesto de viviendas sujetas a precio tasado puede argumentarse que la razón de ser de la limitación que supone el precio tasado no existe en el caso de ejecución para satisfacer al acreedor.

C) CONCLUSIONES RESPECTO A VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL

Para las viviendas no acogidas a préstamos subsidiados, y cuyo régimen permita precio libre, y no restrinja la libertad para acceder a la titularidad de las mismas, creo que la aplicación de la Ley 2/1994 no plantea problemas.

En los demás, como hemos visto, se pueden presentar dudas que hagan aconsejable estudiar caso por caso, según lo antes explicado, y ponderar los inconvenientes o dificultades prácticas que pueden darse al acudir a la subrogación.

Pero no ya los inconvenientes legales, sino los inconvenientes prácticos, o la falta de estímulo para el prestatario en los préstamos subsidiados (y no digamos para la entidad subrogada) y las complicaciones para el banco o entidad de crédito, pueden hacer que, en ese ámbito, la ley quede olvidada.

VI. REGIMEN DE LA MODIFICACION SIMPLE DEL PRESTAMO HIPOTECARIO EN LA LEY 2/1994, DE 30 DE MARZO

Me estoy refiriendo a la llamada novación modificativa. Ya hemos hecho referencia a esta defectuosa calificación, y explicamos en nota a pie de página el porqué.

Aquí por hipótesis, los sujetos son dos: la entidad acreedora y el deudor.

La regulación es aquí mucho más sencilla que la existente para la subrogación.

Más aún, puede decirse que no hay regulación específica para estos supuestos y sí, tan sólo, una concesión de beneficios fiscales y rebaja de honorarios notariales y registrales, cuando la modificación se contenga dentro de ciertos límites que señala el art. 9.º y que son los siguientes:

1.º Que el acreedor sea una de las entidades a que se refiere el art. 1.º de la ley. Ya hemos visto antes al hablar de la subrogación cuáles eran estas entidades.

2.º Que la modificación se refiera a la mejora de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente. Conjuntamente con esta mejora —dice el art. 9.º— se podrá pactar la alteración del plazo.

Esta última es, en cuanto al contenido de la modificación, la diferencia más importante: la alteración del plazo de duración del préstamo, que aquí se hace posible conservando las ventajas fiscales y de honorarios notariales y registrales, en tanto que no existe esa posibilidad en las hipótesis de subrogación.

Por otro lado el procedimiento es más sencillo al no tener que entrar, por razón de esta operación, en el círculo de intereses de otra persona, concretamente de un antiguo acreedor como es el caso de la subrogación.

Quizá por ello, y porque, afortunadamente no ha entrado la ley en la regulación de esta figura, es por lo que en la práctica ha venido a tener desde los primeros momentos de su entrada en vigor, todo el acogimiento favorable que por el contrario le falta a las normas que en la misma ley se ocupan de la subrogación.

Así pues, en esos casos la atención del Notario debe fijarse (aparte de los generales u ordinarios en su actuación), en los siguientes puntos:

Que se trate de una de las entidades a que se refiere el art. 1 de la Ley 2/1994.

Que se trate de una mejora de las condiciones de tipo de interés. Se llevará a cabo por vía de modificación de la escritura de préstamo a que se refiere, al amparo del art. 9.º de la Ley 2/1994, dando nueva redacción a la estipulación o estipulaciones en las que viniera hasta ahora redactado el interés exigible,

y que en lo sucesivo será la que ahora han acordado acreedor y deudor. En su caso se dará también nueva redacción a la estipulación en que figurase el plazo de duración del préstamo, en la forma también acordada. No entraña por tanto dificultad alguna ni complejidad de ninguna clase.

Ahora bien, en el supuesto de modificación del plazo, para alargarlo en relación con el originariamente pactado, y en defecto de previsión de la Ley 2/1994 sobre este particular, entiendo que tal modificación no afectará a terceros como podrían ser los acreedores hipotecarios posteriores.

VII. TRATAMIENTO FISCAL

Es lo más importante de la regulación contenida en la Ley 2/1994. La ley debía de haberse limitado a este tratamiento fiscal, juntamente quizá con algunos aspectos que, en la aplicación del art. 1.211 pudieran ofrecer dudas, tal como resulta del estudio que hemos hecho en la primera parte de nuestro trabajo.

De conformidad con los arts. 7.º (para las escrituras de préstamo con subrogación) y 9.º (para las escrituras de modificación del préstamo) las escrituras que documenten estas operaciones (obviamente de conformidad con los requisitos que establece dicha ley, puesto que los requisitos son condicionantes de la concesión de la exención), estarán exentas del impuesto de transmisiones patrimoniales en su modalidad gradual de actos jurídicos documentados, es decir, del 0,50 por 100 sobre la base liquidable.

La Disposición Adicional tercera de la ley (con redacción poco correcta)⁵, añade un nuevo párrafo al art. 45.I.C) del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y actos jurídicos documentados aprobado por el artículo único del Real Decreto legislativo 1/1993, de 20 de septiembre. Como es sabido dicho art. 45.I.C) declara aplicables los beneficios fiscales que para este impuesto se establecen en una serie de disposiciones

⁵ Poco correcta por dos razones:

La primera porque no se añade un número al art. 45.I.C) del Real Decreto legislativo, ya que el Real Decreto legislativo no tiene más que un artículo, artículo único, por el que se aprueba el texto refundido del Impuesto. El art. 45.I.C) es del texto refundido pero no del Real Decreto legislativo que lo aprueba.

La segunda es que el número 23 del art. 45.I.C) de dicho texto refundido ya fue introducido por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1994, Ley 21/1993, de 29 de diciembre, Disposición Adicional 27.ª, con la siguiente redacción: «Se añade una disposición vigésima tercera al art. 45.I.C) del Real Decreto legislativo 1/1993, de 24 de septiembre (he ahí otra cita incorrecta), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, con la siguiente redacción: «23.ª Los Fondos de Garantía de depósitos en establecimientos bancarios, en Cajas de Ahorro...», etc.

Es decir, que deberá entenderse que el número será el 24 y no el 23.

que va enumerando. Ahora le añade el siguiente: «23. La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.»

VIII. HONORARIOS NOTARIALES Y REGISTRALES

La ley impone una rebaja en los aranceles notariales, concretamente en la base de cálculo de los mismos. Es de advertir que ya existía, y sigue existiendo, una rebaja en los aranceles notariales en su aplicación a los préstamos: consiste en una reducción del 25 por 100 contenida en el número 2.2 de los aranceles actualmente en vigor. Lo que hace ahora la ley es:

1. En las subrogaciones

A) Dispone el art. 8.º que se tomará como base para el cálculo de los honorarios notariales y registrales, la cifra del capital pendiente de amortizar en el momento de la subrogación. Es decir, la que resulte de la certificación que debe entregar la antigua acreedora. No como hasta ahora, y si no existiese tal precepto, que sería, para los aranceles notariales, también la cantidad pendiente de amortizar, pero añadiéndole los intereses, costas y gastos, es decir, en definitiva la total responsabilidad hipotecaria pendiente. Actualmente por tanto: capital pendiente de amortizar. Esa será la base sobre la cual se aplicarán los aranceles.

B) Se entenderá que el documento autorizado contiene un solo concepto.

2. En las modificaciones simples

Según el art. 9.º-II para el cálculo de los honorarios notariales y registrales se tomará como base la que resulte de aplicar al importe de la responsabilidad hipotecaria vigente el diferencial entre el interés del préstamo que se modifica y el interés nuevo.

Aquí se contiene la regulación de dos importantes aspectos:

En primer lugar y en cuanto a la base a diferencia de lo que ocurre con las subrogaciones no se tiene en cuenta el capital sino el importe de la responsabilidad hipotecaria vigente (la pactada originariamente o modificada ulteriormente, pero no cifra de deuda, sino cifra de responsabilidad), es decir, principal, más intereses, costas y gastos.

En segundo lugar, una vez fijada esta suma, se le aplicará el diferencial entre el interés del préstamo que se modifica y el nuevo, es decir, al interés que aparezca vigente, se le restará el nuevo,

y la resta será el diferencial. Esta resta fijada en tanto por ciento será la que se aplicará a la referida total responsabilidad y nos dará la base sobre la que se aplicarán los aranceles, naturalmente con la reducción ya existente anteriormente del 25 por 100 que entiendo sigue siendo aplicable.