

TEORIA/PRACTICA DE LA JURISDICCION

Comentario aprisa de la Ley de Subrogación Hipotecaria

Guillermo SANCHIS

1. INTRODUCCION Y ANTECEDENTES

Aunque el título de este artículo responde a lo que realmente es, si hubiera que elegir un lema adecuado, tanto desde el punto de vista técnico como desde el histórico, yo habría escogido el de Y a los 114 años el artículo 1211 del Código Civil resucitó. Y es que, buscando en una base de datos de jurisprudencia, resoluciones del Tribunal Supremo que alguna vez hayan mencionado el artículo, sólo he encontrado una, a propósito de un problema de prelación de créditos y que menciona el precepto de modo meramente incidental, sin peso alguno para resolver. Por su parte la Dirección General de Registros y del Notariado, sólo en una ocasión se ha ocupado del precepto para mostrar por él la misma aversión que alguna doctrina le demuestra. Y es que la doctrina no ha sido muy piadosa con este artículo al que pronto relegó a la cocina. Casi los únicos comentarios que merece son los de aquellos autores que por razón de sistema, en sus comentarios del Código Civil, necesariamente se topan con tan incómodo inquilino. Y el comentario que merece siempre es desfavorable. Así, tanto Manresa como Sancho Rebullida, consideran el precepto excepcional, de interpretación restrictiva y cuyos requisitos deben exigirse rigurosamente.

Y después de tanto olvido, por intereses de consumidores y de algunos intermediarios jurídicos, en época en la que bajan los intereses, desde las cocinas del Derecho Civil, como salvador de la situación y aclamado, vuelve la subrogación del artículo 1211 a los salones del Derecho y a él ha acudido el legislador para justificar la reforma introducida por la Ley 2/94, como si tuviera mala conciencia por cumplir estrictamente con el mandato constitucional de favorecer el acceso a la vivienda y proteger los derechos de los consumidores, frente a los intereses de los bancos.

Y, sin embargo, el artículo que comentamos no es tan extravagante como pudiera parecer ni está desligado de nuestra tradición jurídica ni de la común tradición romanista de los sistemas europeos; aunque es cierto que el texto del artículo aparece literalmente copiado del artículo 1250 del Código Civil Francés, cuyos antecedentes se sitúan en el Derecho intermedio. Así, como recuerda Sancho Rebu-

llida, «en el siglo XVI, el interés de los capitales colocados a renta (operación que sustituía al préstamo a interés, todavía mal visto en aquella época, y que, asegurada la renta sobre inmuebles, tenía aspecto semejante a nuestro censo consignativo) estaba tasado según un Edicto de 1576, en la doceava parte del capital —denier douce— (es decir, el 8,33 por 100); el cambio de las circunstancias durante el reinado de Enrique IV produjo una mejora en las condiciones económicas, por lo que un Edicto de 1601 tasó la renta en la dieciseisava parte —denier seize— del capital (6,25 por 100); en estas condiciones, los deudores podían mejorar la situación tomando dinero a préstamo, al 6,25 por 100, para con él cancelar su deuda al 8,33, redimiendo el capital anterior; a ello se oponía, frecuentemente, la voluntad de los acreedores (para quien era perjuicio el beneficio de los deudores en las nuevas condiciones) y el carecer los deudores de otros inmuebles libres para afectarlos a la nueva y redentora renta; por ello un edicto de 1609 primero; y después otro de 1690 permitieron a los deudores operar por sí mismo la subrogación del nuevo acreedor en las garantías y privilegios del anterior siempre que quedasen ambos, y su mutua relación, perfectamente identificados».

Pero, repito, la solución no es tan nueva, ni carece de antecedentes tanto en la común tradición romanista como en nuestros propios antecedentes. En efecto, la sucesión en el crédito estaba presente en dos instituciones romanas: *beneficium cedendarum actionum* y *successio in locum creditoris*: el primero consiste en el derecho que tiene el que está obligado con otro o por otro al pago de una deuda, de exigir al acreedor, antes de efectuar el pago, la cesión de las acciones; y, si el acreedor se niega, se concede excepción al codeudor para rechazar la demanda; en el segundo caso, la transmisión, —concretamente en caso de pago por un tercero de crédito garantizado con hipoteca, se produce *ope legis*, sin necesidad de intervención del acreedor. Por su parte, las Partidas reproducen la doctrina romana, sin fundir ambas instituciones todavía y regulando por separado los distintos supuestos: concretamente en la Ley 34, título 13, Partida 5.ª, se contempla el supuesto de *successio in locum creditoris* en caso de que el deudor hipotecario recibe un préstamo y

otorga otra hipoteca al nuevo prestamista con la condición de que el dinero sirva para pagar al primer acreedor y que el nuevo acreedor ocupe el lugar del primero.

Por tanto no es cierto que el artículo que comentamos sea tan extravagante y contra sistema, la perplejidad si acaso surge de la ubicación sistemática del precepto y de la fusión de las dos instituciones romanas bajo la denominación única de subrogación. Así, en el Código Civil Francés, destacando la satisfacción del primitivo acreedor, la institución se sitúa entre las disposiciones relativas al pago, lo que causa la perplejidad de que, siendo el pago un medio de extinción de las obligaciones, se hable de la subrogación que precisamente se refiere a la transmisión de la deuda sin extinción. En el Derecho Alemán, la institución no se separa de la transmisión del crédito, mientras que en el Código Civil Español, la institución de la subrogación se trata entre las disposiciones relativas a la novación. Pero sinceramente no veo razón para que la cuestión cause tanta confusión, ya que no se tiene en cuenta que la novación en el Código Civil difiere sustancialmente de la novación romana: aquí, salvo declaración expresa de las partes o absoluta incompatibilidad de las obligaciones, no hay extinción de la obligación primitiva, sino mera modificación en la persona del acreedor. Por tanto todo caso de cambio de acreedor puede ser visto como novación, y puede responder a diversas causas, entre ellas, la subrogación, en los casos previstos por el Código Civil, y, entre ellos, el supuesto del 1211 del Código Civil, que es uno de los supuestos clásicos de *successio in locum creditoris*.

Se ha hablado de la naturaleza expropiatoria del instituto desde el momento en que la transmisión se produce sin contar con la voluntad del acreedor, pero entiendo que, si la protección jurídica del crédito atiende exclusivamente a la satisfacción del interés del acreedor, consistente en la obtención de la prestación debida, obtenida la prestación, desaparece ese interés protegible, por lo que ningún obstáculo hay a que esa protección se traslade a aquel que ha procurado la satisfacción del primer acreedor, en interés también del deudor y salvando el interés de los terceros. Protección que se dispensaría al nuevo acreedor en los estrictos términos de su interés protegible, es decir, en los términos de la nueva obligación menos onerosa para el deudor, ya que no estamos ante una cesión de créditos, en cuyo negocio sí puede admitirse un cierto margen de especulación, una aleatoria y posible ganancia con el negocio. Se trataría pues de un compleja composición de intereses realizada por el legislador en aras del interés general, en la que ninguno resulta sacrificado. Y es que lo que dificulta la comprensión es el seguir enjuiciando el caso desde el punto de vista del esquema romano de la novación: como negocio jurídico entre las partes en la primitiva relación obligatoria directamente dirigido a la modificación de esa relación, en vez de atender a lo que la novación es en el Código Civil: una mera modificación de sus elementos, sea cual sea la causa (la ley o la voluntad de las partes). Porque el esquema romano, necesariamente, en el caso del artículo 1211, ha de llevar a la más absurda complicación: así habría una pri-

mera obligación que en un momento determinado coexiste con una segunda obligación (el préstamo) dirigida a extinguir a la primera y que, una vez producido el pago, el alma de esta segunda obligación pasa al cuerpo exangüe de la primera cobrando nueva vida, transformando y transformándose en virtud de esta transmigración de las almas.

Pero es que, además, tampoco en el *beneficium cedendarum actionum*, cuyo supuesto aparecen recogidos en el artículo 1210, cuenta tampoco mucho la voluntad del primitivo acreedor, como lo ponía de manifiesto en el derecho romano la posibilidad de acudir a la *exceptio doli*, y en el Código Civil el artículo 1159 del Código Civil, por el que claramente se ve que lo que en el artículo 1210 se contiene no es ni una presunción propiamente dicha ni una cesión de acciones como negocio de venta de crédito, sino un cambio de acreedor impuesto por la Ley. Por lo demás, un análisis lógico de los artículos 1211 y 1210 del Código Civil nos permite incluir el caso del artículo 1211 en el universo de casos descrito por los números primero y segundo del artículo 1210 del Código Civil. Y es que no debe olvidarse que en el derecho moderno no se ha mantenido el esquema romano de la *exceptio doli*, como remedio del Derecho Pretorio por razones de buena fe, sino que el principio de buena fe queda incorporado al ordenamiento como integrando el marco de lo que llamamos orden público. En consecuencia, tampoco la subrogación del artículo 1210 responde a un negocio voluntario, sino a una razonable exigencia de la buena fe, aun sin la voluntad del primitivo acreedor.

Por tanto, desde el punto de vista dogmático, la única cuestión que la nueva regulación plantea es la del vencimiento anticipado de la obligación, ya que, en el texto del artículo 1211 del Código Civil, no encuentra apoyo alguno. En efecto, el artículo 1211 habla de tomar dinero a préstamo para pagar, y todo pago supone la existencia de una deuda vencida, que es lo que no ocurre en este caso, sin que aquí pueda decirse que el plazo se establece en beneficio exclusivo del deudor y que, como tal, puede renunciar a él, ya que el negocio de los bancos es precisamente prestar con plazo a cambio de los intereses. Por tanto, lo realmente novedoso en la nueva regulación es el convertir en norma lo que ya era casi una cláusula de estilo en los contratos de préstamo otorgado por los bancos: la posibilidad de amortización anticipada. Así, en el artículo primero, se prevé que la subrogación será de aplicación a los contratos de préstamo hipotecario, cualquiera que sea la fecha de su formalización y aunque no conste en los mismos la posibilidad de amortización anticipada.

Y es aquí donde se ve la sombra que planea sobre todo este proyecto, como si el legislador tuviera mala conciencia por estar molestando o entrando subrepticamente en el mundo exclusivo de los todopoderosos bancos. Se tiene la mala conciencia de que, con esta Ley se puede estar produciendo una retroactividad contraria al artículo 9.3 de la Constitución. Ciertamente la cuestión de la retroactividad de las normas no ha sido ni es pacífica en la doctrina de los autores y de los tribunales. Así, se habla de retroactividad débil y de retroactividad fuerte y, para resolver los problemas que esta aplicación de

la norma en el tiempo plantea a la seguridad jurídica y al derecho, fundamentalmente de propiedad, a fin de que no se produzcan encubiertas expropiaciones, se articulan diversas teorías, que no pocas veces confunden cosas distintas: Teoría de Savigny, Teoría del derecho adquirido, Teoría del hecho jurídico cumplido, Teoría de Roubier. Teorías que, en realidad, no hacen sino trasladar la oscuridad e imprecisión misma de la cuestión a la aplicación de unos conceptos y términos igualmente imprecisos y oscuros. Frente a esta forma de proceder y a las oscuridades mismas que la doctrina plantea, entiendo más razonable el método de Enneccerus, que plantea respuestas concretas a cuestiones concretas desde el punto de vista de lo generalmente admitido. Así, como señala dicho autor, «esta cuestión no puede, como frecuentemente se supone, resolverse por el principio de que las leyes no tienen efecto retroactivo, pues si la ley sólo tiene efecto a partir de su entrada en vigor y sólo para lo futuro, es perfectamente compatible con esto que la Ley derogue o modifique también desde ahora y para lo futuro las relaciones que aún subsisten (que nacieron antes)». De acuerdo con ello el que una Ley modifique mi posición en una determinada relación jurídica surgida antes puede ser enojoso, pero no es en sí una aplicación retroactiva de la norma. Lo que pasa es que, como señala el mismo autor, el principio de irretroactividad de las normas se confunde con otro principio que en realidad es muy distinto y que dice «las nuevas leyes dejan intactos los derechos adquiridos». Pero lo que pasa es que este principio, si bien da una solución relativa al problema de aplicación de la ley en el tiempo, en muchas ocasiones es falso: así carecería completamente de sentido el que una ley que declara redimibles ciertos censos o que deroga el derecho del propietario a recoger los frutos que caen sobre el fundo de su vecino no se aplicara a los censos existentes o a los árboles ya plantados. Así el mismo Código Civil declaró redimibles los censos (y no se olvide que el censo consignativo era un sucedáneo del préstamo con interés, mal visto por los canonistas) y nadie ha considerado que esto supusiese un caso de perniciosa retroacción del Código Civil. Y, de alguna manera esto es lo que viene a hacer la nueva regulación cuando convierte en norma lo que es algo generalizado en la práctica bancaria: la posibilidad de amortización anticipada aunque nada se hubiese pactado en contratos anteriores.

En relación con los contratos de tracto sucesivo, se dice que deben regirse siempre por la ley vigente en el momento de su celebración, con lo que la aplicación de la nueva norma a esos contratos anteriores supone retroacción contraria al principio de irretroactividad. Afirmación igualmente falsa, no sólo porque no hay auténtica retroacción como ya dije, sino porque tal principio choca con lo generalmente admitido en materia de legislación social, choca con la realidad jurídica actual. Así nadie cuestiona el que las nuevas normas en materia de arrendamientos o de Derecho del Trabajo se apliquen a los contratos en curso y quien dice a estas instituciones de tradicional significado social, a otras como, por ejemplo el contrato de seguros. Y ¿qué es en definitiva el préstamo hipotecario sino una institución de clara

significación social, estrechamente ligada a principios rectores de la política social y económica, que son los que trazan el auténtico significado del estado social de derecho? Se trata de una institución en la que están en juego el principio de protección de los consumidores y el derecho a la vivienda. Es más, el principio de protección de los consumidores es uno de los que justifica el que la actividad bancaria sea una actividad regulada, lo que permite a la Administración Bancaria incidir sobre las actividad de los bancos sin distinguir en relaciones por constituir o ya constituidas con los clientes, con lo que resultaría absurdo que el legislador pudiera menos que el Banco de España. Y, si alguna de las teorías a que nos hemos referido puede dar razón de la admisibilidad de que la nueva regulación se aplique para lo futuro a los préstamos anteriores, entiendo que la de Savigny es perfectamente aplicable al caso, ya que, si nos encontramos ante un contrato-institución, cuya regulación en buena medida queda sustraída al poder de disposición de las partes y es establecida por normas que se consideran de orden público, el Estado no puede consentir que perduren regulaciones particulares contrarias al orden público que la nueva norma establece.

En definitiva, aquí no hay retroacción alguna prohibida por el artículo 9 de la Constitución. No obstante estoy seguro de que, si la aplicación de la nueva Ley provoca muchos pleitos (Dios no lo quiera), esta va a ser una de las cuestiones en la que no han de dejar de insistir los asesores de los bancos, pidiendo el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y dilatando el pleito, planteamiento que, según lo dicho, considero absolutamente fuera de lugar.

De acuerdo con ello, ninguna retroacción hay en el artículo 1 en el que se prevé que la Ley se aplique a todas las entidades financieras a que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/81, y a todos los préstamos, sea cual sea la fecha y se haya pactado o no la posibilidad de amortización anticipada.

2. REQUISITOS DE LA SUBROGACION

En el artículo 2 de la Ley, se regulan los requisitos de la subrogación, aunque en realidad dicho artículo más se dirige a regular las relaciones entre bancos antes que a fijar tales requisitos, con el decidido propósito de que se cumpla la finalidad de la Ley, que, más que el que se produzcan auténticas subrogaciones, lo que pretende es forzar a los bancos a bajar el tipo de interés ante la amenaza de la subrogación.

En el párrafo primero se prevé la posibilidad misma de la subrogación sin añadir nada al artículo 1211 del Código Civil. Esto, sin embargo, parece contradicho por la posterior regulación, ya que parece que quien hace el pago es el nuevo banco, frente a lo que establece el artículo 1211 del Código Civil, en el que queda claro que quien paga es el deudor, con lo que parecería que, más que en el caso del 1211, estamos ante el caso del 1210. No obstante creo que tal pago nunca podría ser hecho por un tercero, ya que la amortización anticipada es una facultad que exclusivamente tiene el deudor. Por ello

el pago, aunque se materialice por el banco, ha de entenderse hecho por el banco en nombre del deudor en cumplimiento de su compromiso, con lo que ese pago es a su vez la entrega con la que, tratándose de un contrato real, se perfecciona el préstamo y surge la obligación de devolver. Por ello los requisitos de capacidad para el pago habrá que examinarlos en relación al deudor y no en relación al nuevo banco, claro que esos requisitos ya habrán sido examinados en el momento de concertarse el nuevo préstamo.

Lo que ya si resulta innovador es la regulación de los negocios previos al perfeccionamiento del préstamo, que, repetimos, como contrato real, exige la entrega para su perfección. Así el iter contractual comenzará por lo que se llama, se supone que tras las correspondientes negociaciones previas, una oferta vinculante del banco en la que constarán las condiciones financieras del nuevo préstamo (limitadas al tipo de interés, tal como resulta del artículo 4), que, en caso de ser aceptadas implicará, según se dice, la autorización al banco para que inicie contactos con el banco antiguo. Puede suscitar dudas la naturaleza de esta que se dice oferta vinculante. Así, ¿estamos todavía en el ámbito de las negociaciones previas, sin perjuicio del carácter vinculante para el empresario de su oferta (lo que es normal en el ámbito de las relaciones entre empresas y consumidores), o, en virtud de la aceptación, estamos propiamente ante un precontrato, ante una promesa de mutuo, que ha de producir los efectos propios de ésta? La diferencia es fundamental, sobre todo, por la posibilidad de desistimiento.

Lo que de la regulación parece desprenderse es que nos encontramos ante una auténtica promesa de mutuo, ya que, pese al término autorización, lo que de allí resulta es una auténtica obligación, como efecto propio de ese precontrato, lo que implica la imposibilidad por parte del nuevo banco de revocar su promesa, incluso, aunque, de alguna manera, cambien las circunstancias de solvencia, si la garantía es suficiente.

Aceptada la oferta, el nuevo banco la comunicará al banco acreedor y le requerirá para que le comunique la cantidad líquida que se adeuda mediante la que llama certificación, tras cuya entrega, el banco acreedor podrá enervar la subrogación formalizando con el deudor novación modificativa del préstamo hipotecario. No se prevé forma alguna para esta notificación, pero en cuanto es precisa la constancia de la entrega a efecto de computar los plazos, lo más conveniente será acudir al documento notarial. Aparte de los problemas de la liquidez a los que me referiré, esta posibilidad de enervación no puede dejar de ser nueva fuente de perplejidades. Y la primera que se plantea es el de la posible clasificación de esta figura, en principio incalificable. La norma es muy joven y todavía será preciso hablar mucho de ella y aguantar pleitos para que podamos sostener alguna idea clara acerca del asunto. Como primer apunte, en el poco tiempo que he tenido para pensar en el asunto, me parece que esta subrogación tiene elementos propios del tanteo o de los derechos de adquisición preferente, aunque esto pueda resultar paradójico por cuanto de lo que se trata es precisamente de no cambiar de acreedor. En de-

finitiva, de lo que se trata es de otorgar al antiguo banco un contrapoder de subrogación en la posición del nuevo banco derivada de la promesa de mutuo, lo que, lógicamente, para el banco que ya era acreedor, puesto que el principal ya está entregado, se traduce en una obligación de modificar las condiciones del préstamo. Esta construcción tiene importancia porque, si se acepta que esto es así, el banco que enerva la subrogación, si previamente se hubiese intentado negociar con él una modificación de las condiciones del préstamo, tendrá que correr con todos los gastos y comisiones de esa promesa de mutuo en la que a su vez se subroga. No vendrá obligado a tal cuando la comunicación del nuevo banco pueda ser considerada sorpresiva, ya que parece que el principio de buena fe obliga a que antes se intente la negociación con el banco antiguo. El problema, sin embargo, lo puede plantear la prueba de este intento previo de avenencia, ya que, ante cualquier reclamación, el banco previsiblemente va a negarlo, por lo que, sin llegar a la constancia notarial, que ha de aumentar los gastos, de alguna manera debe quedar constancia de esas negociaciones previas.

La que se dice enervación de la subrogación se producirá mediante la formalización de la novación modificativa. También pueden plantearse dudas sobre si esa formalización conlleva el otorgamiento en esos quince días de escritura pública. La solución no es fácil, ya que, el convenio novatorio, en si mismo, no exige ninguna formalidad y basta el mero acuerdo de voluntades para su perfeccionamiento, por lo que, aun plasmándose en un mero documento privado, o con la fórmula acepto sobre la oferta comunicada por el nuevo banco o por la mera aplicación del nuevo tipo de interés, quedará formalizada la novación, debiendo la hipoteca seguir la suerte de la obligación garantizada. No obstante, como quiera que este documento ha de tener acceso al Registro de la Propiedad, se trata de un negocio que afecta a tercero y ha de quedar constancia de las fechas para contar los plazos, lo normal será acudir al documento notarial, cuyo documento estará exento de AJD y se calcularán los honorarios de notario y registrador tomando como base la que resulte de aplicar al importe de la responsabilidad vigente el diferencial entre el interés del préstamo que se modifica y el interés nuevo. Por lo demás, en cuando a los extremos de la novación, esta ha de afectar cuando menos al tipo de interés, pero, conforme a lo previsto por el artículo nueve podrá afectar también al plazo, de lo que ya trataré.

Si el banco acreedor no ejercita la facultad, la subrogación se producirá, si no hay problemas de liquidez, declarando en la escritura haber pagado a la acreedora la cantidad debida por capital, intereses y comision, incorporándose a la escritura resguardo de la operación bancaria realizada con finalidad solutoria (transferencia, pesación, entrega de efectivo). De esta entrega realizada con finalidad solutoria, conviene destacar, recordando en parte lo ya dicho, que se trata del cumplimiento por parte del nuevo banco de la obligación derivada de la promesa de mutuo, que, con esta entrega, se perfecciona a su vez el contrato de mutuo y que, para el primitivo acreedor, la entrega tiene la significación de un

pago realizado por el deudor hipotecario y no, por un tercero interesado. La modificación que este mecanismo introduce respecto al 1211 del Código Civil radica en la cierta inversión del orden que se produce. En el Código Civil, hay un préstamo otorgado en escritura pública, con cuyo importe el deudor hace pago de la primitiva deuda y, haciendo constar en la carta de pago la procedencia del dinero se produce la subrogación. En nuestro caso, existe un préstamo que se perfecciona con el pago realizado por el nuevo banco en nombre del prestatario, tras lo que la subrogación se produce cuando se hace constar en escritura pública la realidad del pago, sustituyéndose la carta de pago por el resguardo bancario de la operación. Cambio de orden que puede tener sus consecuencias en materia de preferencias, garantías y ejecuciones. Por cierto, se produce un cierto vacío entre la entrega, teórica extinción de la primitiva deuda y el otorgamiento de escritura y subrogación, y todo sabemos del manifiesto horror *vacui* de los banqueros.

Si los bancos no se ponen de acuerdo sobre el importe líquido de la deuda, la Ley prevé que el nuevo banco lo calcule bajo su responsabilidad y asumiendo las consecuencias de un eventual error, que no será repercutible sobre el deudor, y, tras manifestarlo, deposite la suma en poder del notario autorizante de la escritura de subrogación a disposición de la entidad acreedora, lo que será notificado por el notario de oficio a la entidad acreedora mediante copia de la escritura. No se aclara aquí si, para que se produzca la subrogación, es precisa la notificación, aunque sí se aclara que el planteamiento del incidente de liquidación no impide la subrogación. No obstante, si ponemos este precepto en relación con el último párrafo del artículo cinco, en el que se prevé el acceso al Registro sin necesidad de notificación, tendremos que concluir que, en este caso, la subrogación se produce por el mismo hecho de depositar la cantidad en poder del notario.

Y de pintoresco hay que calificar cuando menos el procedimiento que se establece en el mismo artículo para resolver el problema de liquidez que pueda existir entre los bancos. Delicadeza que, por cierto, nunca ha tenido el legislador con el usuario. Y, si pintoresca es la regulación, peregrina es la justificación que se hace en el preámbulo de la Ley, que no me resisto a copiar literalmente. Así se dice allí: «El procedimiento instrumentado, análogo al previsto por el artículo 153, párrafo quinto de la Ley hipotecaria, tiene idéntico fundamento que este, reforzado si cabe por el hecho de tratarse de una liquidación a practicar entre dos entidades financieras a las que hay que presumir, por el mero hecho de serlo, la necesaria lealtad comercial recíproca»: *Magnífica ignorancia y maravillosa candidez*. En primer lugar, el procedimiento del artículo 153 es un procedimiento para completar un título de ejecución al que, para serlo, le falta el representar una obligación vencida y por importe líquido, lo que tiene pleno sentido tratándose de una hipoteca de máximo. Pero aquí ni hay proceso de ejecución ni puede haber cantidad ilíquida, ya que no se trata de una hipoteca de máximo, sino en garantía de un préstamo cuya cantidad, por principio, es líquida.

Y uno siempre ha considerado que las cuentas de

los bancos nunca son claras, no porque las matemáticas engañen, sino porque las prácticas bancarias enturbian la limpieza de las matemáticas; pero, desde luego, contrasta el trato que recibe un deudor según sea un banco o un simple ciudadano, ya que, para este último, ninguna duda hay de que la cantidad es líquida y basta el cálculo o la mera manifestación del banco para que se siga adelante la ejecución hipotecaria o se despache ejecución, mientras que, tratándose de bancos, que, además se supone van a comportarse lealmente, la cantidad se considera ilíquida. Pero es que, además, el absurdo llega al máximo si nos preguntamos por la finalidad de esta resolución judicial, que puede (esperemos que no) complicar no poco la vida de los jueces. En efecto, si en virtud de la subrogación, el antiguo banco ya no es acreedor hipotecario ni puede acudir a la ejecución hipotecaria ¿para qué gaitas sirve este título? Es un título que para nada afecta al deudor, que queda fuera de la relación obligatoria que pudiera aun subsistir derivada del primer préstamo. ¿Significa entonces que, con el testimonio del título, el antiguo banco puede acudir al juicio ejecutivo?: resulta absurdo puesto que, en tal caso, le bastaría la escritura del préstamo. ¿O sirve este título simplemente para acreditar la deuda en el juicio ordinario que corresponde?

Por otra parte, ¿resuelve este incidente de liquidación la cuestión de liquidez entre las partes con efecto de cosas juzgada? Entendemos que no, puesto que tampoco el incidente del artículo 153 de la Ley Hipotecaria resuelve la cuestión con tal efecto.

Por último, si este incidente no viene a completar título alguno de ejecución, ¿que significa el recurso en un solo efecto?

Tampoco parece que esta regulación resuelva de modo acabado las relaciones derivadas del encargo de pago hecho al segundo banco, ya que está claro que si la cantidad calculada por el banco es inferior a la adeudada, el error será de cuenta del banco, quien obviamente no va a pillarse los dedos. ¿Pero si el error es hacia arriba quiere decir que el riesgo en tal caso tendrá que asumirlo el cliente? Me parece claro que no, ya que se deriva de un cálculo hecho por el banco, cuyo error no puede hacerse recaer sobre el cliente, ya que sería contrario a la buena fe y justo equilibrio de las prestaciones, por lo que vendrá obligado a devolver o a modificar los cálculos del préstamo a su costa.

Entiendo que el proceso es tan absurdo que lo mejor es que no se acuda a él y que de lo que se trata es de evitar que cuestiones de este tipo puedan retrasar o impedir el beneficio que se pretende para los consumidores. Por lo demás, con esto, lo que se viene a reconocer, contra lo que se declara en el preámbulo, es que los bancos no se comportan con lealtad y claridad al hacer las cuentas y que desde luego no cumplen con lo dispuesto en la circular 8/90 del Banco de España sobre transparencia de las operaciones de las entidades de crédito y protección de la clientela, ya que, si esta circular se cumpliera, el cliente, por los propios documentos facilitados en el banco, tendría que saber en cada momento cual es el estado de su deuda. Y, desde luego, no creo que la Orden de 5 de mayo de 1994,

vaya a mejorar la conducta de los bancos, aunque quizás estimule a los notarios a ser más cumplidores de aquello a lo que ya venían obligado por el artículo 211 del Reglamento Notarial.

En definitiva, no creo que este título sirva absolutamente para nada ni tenga fundamento alguno, como no sea, como he dicho, el de impedir que cuestiones de este tipo retrasen la subrogación. No obstante, si, aunque sólo sea por hacer la pascua, los bancos acuden sistemáticamente a este incidente, no le arriendo las ganancias a los jueces de primera instancia, ya que, como si no fuera bastante el atasco de estos juzgados, ahora tendrán que vérselas con complicados cálculos financieros sin auxilio alguno de práctico mercantil.

Cuánto más razonable, caso de reconocerse paladinamente el incumplimiento generalizado de las circulares del Banco de España, hubiera sido que se obligase a los bancos a acudir al arbitraje del Banco de España, que tiene servicios técnicos adecuados y que además sería un medio de que la Autoridad Bancaria tuviese noticias de lo poco en serio que los bancos se toman las disposiciones protectoras de la clientela, lo que, a su vez, permitiría abrir los correspondientes procesos sancionadores, sin perjuicio del posterior control judicial.

3. COMISION POR AMORTIZACION ANTICIPADA

Ya al principio señalamos que lo realmente innovador de la nueva regulación, aparte cuestiones fiscales, era la de convertir en norma lo que era práctica usual: la posibilidad de amortización anticipada. Podemos admitir que el plazo en los préstamos se establece en beneficio de las dos partes, ya que ese es precisamente uno de los principales negocios del banco; pero decir que esta facultad se establece exclusivamente en beneficio de los deudores es una simpleza y pone de manifiesto un gran desconocimiento del negocio bancario tal como es hoy. En efecto, no son hoy precisamente los préstamos con garantía hipotecaria el principal negocio de los bancos (más pesan en la cuenta de resultado las comisiones y las operaciones en moneda extranjera), y la amortización anticipada puede ofrecer también grandes ventajas al banco, como la de absorber el mayor esfuerzo ahorrador del cliente y, desde luego, si los intereses están al alza, interesa al banco poder disponer de ese dinero inmediatamente para prestarlo a un interés superior. Así, vemos como unas veces se estimula la amortización anticipada no estableciendo penalización alguna y otras se disuade al ahorrador estableciendo cláusulas de amortización anticipada, sin que el importe de esta penalización guarde una relación real con daño efectivo alguno causado.

La nueva regulación, aunque con alcance limitado, quiere que el beneficio alcance a los créditos cautivos, a esos créditos con comisiones de amortización anticipada desproporcionada, lo que hace mediante la limitación de tales cláusulas al 1 por 100; pero, aplicable sólo a los préstamos con interés variable. Y esto, una vez más, nos pone de manifiesto la confusión de ideas del legislador y el te-

mor que tiene de estar haciendo alguna burrada de dudosa constitucionalidad, como ya se advirtió en el debate parlamentario, en el que, cuando se discutió la enmienda que pedía la extensión de la limitación a los préstamos a interés fijo, en contra de tal enmienda sólo se dijo que la misma era de dudosa constitucionalidad, lo que se aceptó sin mayor discusión.

Por ese temor, el legislador busca coartada en el Código Civil, en instituciones normalmente aceptadas que demuestren que no existe retroactividad prohibida por el artículo 9 de la Constitución. Tampoco aquí me resisto a copiar literalmente. Así, se dice: «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 como una pena por desistimiento. Y, como toda pena es siempre equitativamente moderable por los tribunales, resulta lógico concluir que esta moderación pueda efectuarse por la Ley». Se apela a la lógica, y un somero análisis lógico nos pondría de manifiesto la inconsistencia lógica del razonamiento. Pero además nos muestra el doble lenguaje del legislador. Así, tras esa protesta de creencia en la lealtad de los bancos, constantemente se esta viniendo a admitir que esa lealtad no existe. Ya que, si las cláusulas de interés variable, hubieran cumplido su misión de modo leal, los prestatarios tendrían su préstamo adaptados a los cambios del mercado.

Y es claro que no estamos, aunque sea usual que ese sea el nombre que se le dé en los contratos, ante una comisión, ya que no remunera un servicio bancario. Tampoco es una pena por incumplimiento, ya que no puede haber incumplimiento cuando se ejercita una facultad expresamente prevista en el contrato. Así tengo que estar de acuerdo con el legislador en que a lo que más se parece esta llamada comisión es a un dinero del arrepentimiento, a una pena por desistimiento, a la que expresamente se refiere el artículo 1153 como excepción, demostrando con ello que no se trata propiamente de una pena sino de una penitencia por el arrepentimiento. Esta penitencia ciertamente puede tener una doble función disuasoria e indemnizatoria de los perjuicios derivados del arrepentimiento, pero nunca será, repito, una sanción a un incumplimiento, que no existe. Por ello no es cierto que a estas penitencias les sea aplicable el deber de moderación que el artículo 1154 del Código Civil impone al juez en caso de cumplimiento defectuoso que no llega a propio incumplimiento, ya que aquí no hay ni incumplimiento ni cumplimiento defectuoso. Pero es que tampoco es cierto que lo que puede el juez en este caso, con mayor razón ha de poderlo la Ley, ya que el juicio de equidad sólo puede formularse a la vista de las circunstancias concretas del caso, lo que no cabe en el nivel abstracto de formulación que caracteriza a la Ley. Lo que sí podía haber hecho la Ley, sin arrogarse funciones que no le son propias, si consideraba que estas penalizaciones no guardaba relación alguna con un daño efectivo, es concretar la regulación del artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, consideran-

do cláusula abusiva las comisiones superiores a determinado límite.

La justificación de la diferencia entre préstamos a interés fijo y a interés variable, aparte lo dicho al principio acerca de la lealtad, pone de manifiesto una vez más, aun sin negar la clara intención del legislador de beneficiar a los consumidores, la distinta consideración que al legislador le merecen los banqueros y los consumidores. En efecto, se dice que, en caso de interés variable el banco apenas corre riesgos financieros, pero nunca se tiene en cuenta la otra parte del contrato. Así es cierto que las actuales cláusulas de revisión, no sólo no suponen riesgo, sino que suponen un beneficio para los bancos obtenido con una práctica desleal, ya que, como dije, con auténticas y leales cláusulas de revisión no hubiera sido preciso cambio alguno para beneficiar-se de los nuevos tipos de interés. Pero, frente a ello, se da por supuesto que ese riesgo sí existe para el banco en los casos de interés fijo. Pero esta afirmación no resulta muy piadosa con ese principio de equidad que se protesta y es manifiestamente parcial, ya que, al menos, habría que decir que ese riesgo financiero es compartido. Así, en tiempo de intereses al alza, es cierto que es el banco quien corre el riesgo, ya que ha de mantener un tipo inferior al que previsiblemente tendrá el mercado, de cuyo riesgo se defiende el banco, limitando o eliminando tales operaciones, en las que, desde luego no establece cláusula de penalización alguna en caso de amortización anticipada y siempre tienen tipos de interés más alto. Pero, al contrario, en tiempos de bajada, quien corre el riesgo financiero es el cliente, el interés de cuyo préstamo se va a mantener por encima del de mercado, lo que hace para el banco especialmente ventajosas estas operaciones, hecho se traduce en unos tipos más bajos y en comisiones por amortización anticipada, cuya única finalidad es la de mantener cautivo el crédito sin relación real con el daño indemnizable. Y es que esto es ni más ni menos lo que ha ocurrido en los últimos tiempos, a cuya coyuntura responde esta Ley. En efecto, en estos tiempo de interés a la baja, cuando quien corre el riesgo es precisamente el cliente, precisamente se menciona esa idea de riesgo para justificar el que no se acuda en su socorro, manteniendo cláusulas cuya finalidad no es la de provisionar riesgo alguno sino, la de tener sujeto al cliente.

Todo esto nos muestra el manifiesto desequilibrio existente en las relaciones entre banco y cliente en este punto, lo que, en vez de ser solucionado mediante una limitación generalizada de esta cláusulas, se perpetúa con esta regulación. En toda caso creo que comisiones abiertamente más elevadas que el 1 por 100, que es la que el legislador considera equilibrada, puede ser considerada contraria a la buena fe y justo equilibrio de las prestaciones, y, por tanto, nula de pleno derecho conforme al artículo 10 de Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios, debiendo el juez moderarlas.

En cuanto a la regulación concreta, se establecen tres reglas, de las que las dos primeras parecen mera perogrullada, ya que, si no se ha pactado comisión alguna, nada hay que limitar, lo mismo que si la comisión es inferior al límite. En la tercera regla es en la que se establece propiamente la limitación

de tales comisiones al 1 por 100, pero dejando a salvo la posibilidad de acreditar mayores daños: daño, como se ocupa de resaltar la regla, aunque sea algo obvio, que no sea la ganancia dejada de obtener por la cancelación. Resulta difícil imaginar cuales sean esos otros daños, sobre todo si, tratándose de préstamos a interés variable, lo leal hubiera sido que el beneficio para el cliente resultase de la mera aplicación de la cláusula de revisión, con lo que esas otras ventajas dejadas de obtener nunca serían ventajas protegibles por el derecho.

No se prevé la correlativa posibilidad de que el importe de la comisión sea superior al daño real, con el correlativo derecho del usuario a pedir su reducción o reembolso. No obstante entiendo que tal posibilidad siempre queda abierta por el artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Por pura coherencia, ya que no tendría sentido que la limitación sólo jugase a estos efectos, se prevé en general en la disposición adicional primera la limitación de la comisión por amortización anticipada. Coherencia que se hecha en falta al no haber regulado con la misma generalidad la posibilidad de amortización anticipada aunque no se haya pactado. Ciertamente que, como hemos dicho, esto casi es un puro ejercicio académico, ya que prácticamente en todos los préstamos concertados está prevista tal posibilidad. Esto nos plantea otro interrogante: el de si también en caso de subrogación, de no estar prevista la posibilidad de amortización anticipada, en cuyo caso, lógicamente, no existe penalización alguna pactada, podrá el banco percibir cantidad alguna por dicha amortización anticipada. En principio, por el contexto, parece que no, puesto que, si se admite que se trata de una penalización por desistimiento, no habría base alguna para fijarla en una amortización anticipada impuesta por la Ley. Aunque, desde luego, no se me escapa el resultado poco equitativo a que se llega con esta solución, ya que a aquellos a quienes más se fastidia con la aplicación de la norma, a los préstamos concertados con anterioridad que ni siquiera admitían la posibilidad de amortización anticipada, no se les permite cobrar alguna cantidad. No obstante, aunque no parece que el caso haya estado en la mente del legislador, un análisis lógico del precepto, de acuerdo con las reglas de la lógica de clases, nos podría llevar a una solución equilibrada y daría cierto sentido a esas reglas a las que antes nos hemos referido como superfluas. Así, en la regla primera estarían aquellos casos en los que se pactó amortización anticipada sin comisión; en la segunda, los de amortización anticipada con comisión pactada inferior al 1 por 100; mientras que en la regla tercera quedaría incluido todos los demás, incluso aquellos en los que no se hubiese pactado la amortización anticipada, en cuyo caso, podrá el banco percibir ese 1 por 100. Claro que esto dejaría sin resolver el supuesto de aquellos préstamos a interés fijo sin cláusulas de amortización anticipada, a los que no se aplica lo dispuesto en el artículo 3, con lo que, ahora sí, estos acreedores no podrían recibir cantidad alguna en caso de amortización anticipada, pese a ser los más fastidiados por la aplicación de la nueva norma, sin que exista aquí interpretación sanadora alguna. Dis-

criminación esta, no sólo no justificada, sino con-
trairdica, que sí puede plantear un problema de
constitucionalidad que podía haberse evitado perfec-
tamente generalizando la limitación.

4. ESCRITURA Y NUEVAS CONDICIONES DEL PRESTAMO

Establece el artículo 4 de la Ley 2/94 «en la es-
critura de subrogación sólo se podrá pactar la me-
jora de las condiciones del tipo de interés, tanto or-
dinario como de demora, inicialmente pactado o vi-
gente». Contrasta esta regulación con la del artículo
1211 del Código Civil, ya que, en éste, no existe tal
limitación, puesto que ni siquiera es preciso que la
deuda primitiva tenga por causa el préstamo. Cier-
to que siempre se ha dicho que la subrogación no pue-
de empeorar la situación de terceros, lo que desta-
cadamente puede ocurrir en caso de modificación
del plazo en el préstamo. Por otra parte, ningún obs-
táculo hay para que una vez producida la subroga-
ción, siempre que no perjudique a tercero, una vez
producida la subrogación, se pueda llegar a un pac-
to novatorio con el nuevo acreedor que cambie, por
ejemplo el plazo. Y no puede encontrarse fundamen-
to claro a que el antiguo acreedor sí pueda pactar
el cambio de plazo y el nuevo, no. ¿Significa esto
que si se pacta el cambio de plazo impedirá la sub-
rogación? Entiendo que no, sino que lo único que
pasará es que, en este caso, la subrogación no po-
drá perjudicar a tercero. Así la disminución del tipo
de interés es claro que nunca podrá perjudicar a los
acreedores posteriores, ya que mejora su garantía,
pero sí puede perjudicarles el aumento de plazo, por
lo que, en caso de cambio de este, la garantía no
se ampliara a en perjuicio de esos acreedores. Tam-
poco puede una ampliación del plazo perjudicar a la
facultad de enervación del antiguo acreedor, lo que
ha de traducirse en que el antiguo banco pueda
enervar la subrogación si, en el plazo de quince días,
acepta modificar las condiciones del préstamo sólo
en cuanto al tipo de interés.

Ahora bien, si en el antiguo préstamo existía un
pacto de amortización anticipada, que ha de ser lo
normal, ¿por qué no ha de poder el deudor acudir a
tal facultad, tomando dinero a préstamo para ello,
produciéndose la subrogación simple y llanamente
en base al artículo 1211 del Código Civil? En ese su-
puesto, lo único que podríamos preguntarnos es si
la escritura otorgada en estos términos se vería pri-
vada de los beneficios fiscales a que se refiere el ar-
tículo 7 de la Ley, puesto que allí no se distingue. Y
lo mismo habrá que decir para el cálculo de los ho-
norarios notariales y registrales.

Por último, señalar que el cambio puede afectar
no sólo al tipo, sino también, puesto que no se nie-
ga, a la naturaleza de este (fijo o variable), o a la
cláusula de revisión. Así, aunque en principio pare-
ce que el cambio se refiere exclusivamente a la re-
baja del tipo, puesto que no se distingue en la nor-
ma, no veo razón para que no se aplique la nueva
norma y sus ventajas también este cambio, lo que

además puede tener el efecto beneficioso de hacer
desaparecer cláusulas de revisión no precisamente
leales.

5. CONSTANCIA REGISTRAL

En el artículo cinco se regula el acceso al Regis-
tro de la Propiedad de estos cambios de acreedor
hipotecario. Se prevé que el cambio se haga con-
star en el registro por nota marginal. Y, sin perjuicio
de entender que el legislador puede hacerlo, entien-
do que la solución perturba el sistema registral, ya
que vendría a modificar, sólo en caso de hipotecas
para adquisición de viviendas y locales de negocios
en favor de entidades de crédito, lo dispuesto en el
artículo 140 de la Ley Hipotecaria y 240 del regla-
mento. Y es que no debe olvidarse que se trata de
un negocio que implica la transmisión de un dere-
cho real sobre la finca inscrita y no parece razona-
ble que el tracto sucesivo haya de seguirse a través
de notas marginales. Por lo demás, el contenido que
se prevé de la nota no es el propio de una nota mar-
ginal, e incluso podríamos dudar de si, en el espa-
cio físico destinado a notas marginales en los libros
del registro, ha de haber tanto. Parece que esta so-
lución reproduce la de la regla quinta del artículo 131
de la Ley Hipotecaria; pero no se tiene en cuenta
que el caso es completamente distinto, ya que, en
el caso del artículo 131, de lo que se trata es de la
ejecución del derecho de hipoteca, lo que ha de su-
poner su extinción. En definitiva, si de lo que se tra-
ta es de agilizar y abaratar el trámite registral, cree-
mos que puede esto lograrse sin mengua de la se-
guridad y sin perturbar el funcionamiento del Re-
gistro.

El párrafo final puede causar ciertas dudas inter-
pretativas, ya que no aclara a que notificación se re-
fiere, puesto que, en el artículo dos, se prevén dos
notificaciones, la previa a la subrogación y la poste-
rior al otorgamiento de escritura en aquellos casos
en los que no exista acuerdo sobre el importe líqui-
do de la deuda y se deposita la cantidad en poder
del notario. Del hecho de que no se distinga en el
artículo 5 entre uno y otro caso, podría alguien con-
cluir que se refiere a esa notificación previa que es
común a los dos casos. No obstante, no creo que na-
die pueda sostener con seriedad tal interpretación,
dando cobijo a la deslealtad entre bancos, ya que,
sin tal notificación, no podría producirse la subroga-
ción, con lo que en modo alguno podría el registra-
dor proceder a la inscripción de una subrogación que
no puede producirse. Por tanto, la notificación a que
se refiere el párrafo es la notificación que hace de
oficio el notario en caso de discordia acerca del im-
porte líquido de la deuda, cuya notificación, como
hemos dicho, no es requisito preciso para que se
produzca la subrogación. Por lo demás, de innece-
sario hay que calificar el inciso final del párrafo, ya
que, aparte del cambio de titularidad, las cláusulas
que no se modifican ya fueron calificadas en su mo-
mento, sin que pueda revisarse la calificación reali-
zada al margen del procedimiento establecido en la
Ley Hipotecaria.

6. EJECUCION

El artículo 6 se refiere a la ejecución, aclara algo los documentos a presentar, se supone que a efectos de la regla tercera del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, para referirse al final en términos genéricos a la Ley de Enjuiciamiento Civil y Ley Hipotecaria, no sabemos si porque ahora se acuerda de que también cabe acudir al juicio ejecutivo, pero sin acordarse del procedimiento extrajudicial.

7. BENEFICIOS FISCALES

Aunque siempre podríamos plantearnos a quien beneficia realmente la exención, planteándonos igualmente quien es el auténtico sujeto pasivo del impuesto: el prestatario o el banco, lo cierto es que, en este trance siempre doloroso de pedir prestado, el cliente tiene poco que decir y paga, con lo que, de hecho, el beneficio lo es para el consumidor quien ve disminuir los costes del cambio, permitiéndole beneficiarse de los nuevos tipos.

La única duda, que ya hemos apuntado antes, se podría dar en el caso de que, existiendo pacto de amortización anticipada el deudor acudiese sin más al sistema establecido por el artículo 1211 del Código Civil. La solución no es clara, y, aunque, desde un punto de vista de la finalidad de la exención, tendríamos que concluir que el supuesto es el mismo y que en el artículo siete de la Ley no se distingue, la referencia expresa de la nueva regla 23 que se añade al artículo 45 lc) del Real Decreto Legislativo 1/93 por la disposición adicional tercera, siempre permitiría invocar los términos del artículo 24 de la Ley General Tributaria. Entendemos que no ha de caber duda en cuanto a que el beneficio ha de ser aplica-

ble a aquellos casos, en los que en las escritura se pacte un nuevo plazo en aquellos caso, en los que el antiguo acreedor decida no enervar modificando sólo el tipo, ya que ninguna razón hay para distinguir, desde el punto de vista del beneficiado, a salvo las razones indicadas de orden estrictamente civil y de protección de terceros, entre la modificación del plazo hecha por uno u otro acreedor. Del mismo modo entiendo que, derivándose de una mismo pacto y por las mismas razones, la exención ha de aplicarse cuando, tras producirse la subrogación, inmediatamente se proceda por el nuevo acreedor a otorgar escritura de modificación del plazo.

8. HONORARIOS NOTARIALES Y REGISTRALES

La reducción de costes de la subrogación se pretende también limitando los honorarios de notario y registrador, al tomar como base sólo el capital pendiente de amortización; aunque parece que los honorarios del Registrador se reducen aún más al cambiar por nota lo que tendría que ser una propia inscripción.

9. GASTOS EN LA NOVACION MODIFICATIVA

En realidad éste parece ser el verdadero objetivo del legislador, que no desea una guerra de bancos, sino forzar a los bancos ante la presión de otras ofertas a cambiar las condiciones de los préstamos suscritos. Por ello extiende a las escrituras de novación los mismos beneficios que a la subrogación. Claro que aún puede resultar más barato si no se documenta el pacto en escritura pública.