

LA REFINANCIACIÓN DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS

Ubaldo Nieto Carol

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El crédito es una de las fuentes de financiación de empresas y particulares. A las primeras les posibilita acometer nuevas inversiones, y a las unidades familiares les permite anticipar en el tiempo su capacidad adquisitiva futura mediante la actualización de las rentas futuras con un coste (el pago del interés al prestamista), posibilitando así la adquisición de bienes que de otra forma no sería factible. El ejemplo más claro es la adquisición de una vivienda. La unidad familiar no puede realizar el importante desembolso que significa esta operación, pero sus ingresos le permitirían hacer frente a los pagos periódicos que implicaría un préstamo para financiar dicha adquisición.

Al hablar de refinanciación nos estamos refiriendo a los mecanismos mediante los cuales se replantean las condiciones de una operación financiera previa, bien mediante la renegociación con la propia entidad, bien mediante la búsqueda de otra alternativa. Aquí vamos a referirnos a la refinanciación de préstamos con garantía hipotecaria y muy especialmente a las opciones de sustitución de la entidad prestamista (subrogación) y de renegociación con la propia entidad (novación objetiva) a la luz de la nueva ley sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

II. CAUSAS DE LA REFINANCIACIÓN

Son diversas las causas que pueden llevar a la refinanciación. En primer lugar, podemos señalar la dificultad de afrontar los pagos que conlleva la amortización de un crédito por falta de capacidad económica. Ante esta situación, al acreedor le cabe ejecutar el crédito o refinanciar la deuda. En este último caso puede pactarse el aumento del plazo de amortización e incluso puede ampliarse el mismo crédito, si bien en estos casos suelen pedirse mayores garantías. Estamos aquí ante una situación

de necesidad del deudor, que negociará la refinanciación en condiciones desfavorables. Deberá así aceptar las condiciones que le imponga el acreedor, entre las que probablemente se encuentre la modificación al alza del tipo de interés.

Otra de las causas de la refinanciación, que es la que vamos a analizar aquí, es la evolución de los tipos de interés. Concretamente, la reducción de éstos que induce a la refinanciación de los créditos vivos. Ésta puede realizarse mediante la modificación de las condiciones pactadas con la misma entidad concedente del crédito o, por el contrario, mediante la apelación a otra entidad distinta de la inicialmente acreedora.

Con carácter general, una bajada de los tipos de interés aplicables por las entidades para operaciones análogas fomenta que los prestatarios se planteen y acometan la renegociación de sus contratos, con la consiguiente cancelación de la operación original si se contrata con otra entidad. Ahora bien, esta refinanciación no se produce de forma automática cuando los intereses de mercado son inferiores a los vigentes para el crédito vivo, sino que se exige un diferencial que compense los costes de la refinanciación.

El problema es determinar ese diferencial a partir del cual se toma la decisión de refinanciar por el abaratamiento de las cargas financieras. Este margen debe superar al menos los costes de salida y entrada surgidos por la cancelación de la operación original y la constitución del nuevo préstamo o, si se opta por la renegociación con la misma entidad, los costes de la modificación del contrato original. En estos costes hay que incluir las comisiones bancarias tanto de cancelación como de apertura, los costes de naturaleza fiscal, los causados por la intervención de fedatarios (notarios y registradores de la propiedad) y, en fin, cualesquiera otros gastos de índole administrativa (tasación, gestión...).

En el caso español, en el que han existido fuertes barreras económicas, era preciso que ese diferencial fuese cuando menos de dos o tres puntos porcentuales para que la refinanciación compensase. Por ello, aparece la Ley 2/1994, de 30 de marzo, so-

bre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (LSMPH), que intenta reducir los costes de esta refinanciación tanto en los casos de renegociación con el mismo acreedor (novación modificativa) como en los casos en los que se produce un cambio de acreedor (subrogación). De esta forma, no sólo se facilita la refinanciación mediante la reducción de los costes que lleva asociados, sino que, además, se fomenta la competencia entre los prestamistas, que entrarán en pugna por captar otros prestatarios, redistribuyéndose así las cuotas de mercado.

III. LOS COSTES DE LA REFINANCIACIÓN. EL CASO ESPAÑOL

Durante el año 1993, los tipos de interés experimentaron un descenso continuado (véanse el gráfico 1 y el cuadro núm. 1).

Esto, unido a la política agresiva de determinadas entidades de crédito, provocaba que los nuevos préstamos con garantía hipotecaria se concertaran con tipos de interés inferiores a aquellos que regían los préstamos vigentes. Ante esta situación, los deudores acudían a las entidades de crédito para renegociar las condiciones de sus préstamos. Por su parte, estas entidades se resistían a las reducciones en tanto en cuanto para ellas significaba una disminución de sus beneficios.

La solución que restaba era cancelar el préstamo vigente y contratar uno nuevo con otra entidad en condiciones económicas más ventajosas. Sin em-

bargo, ello implicaba una serie de costes: unos, los provocados por la extinción de la relación contractual, y otros, por la constitución del nuevo préstamo:

a) Extinción del contrato existente:

— En primer lugar, debía satisfacerse a la entidad originaria la comisión por cancelación anticipada que estuviera pactada. A este respecto, con carácter general, las entidades de crédito pactaban comisiones situadas en el intervalo entre el 2 y el 4 por 100.

— El siguiente coste era el de la escritura de cancelación, con el pago de los consiguientes aranceles notariales.

— Seguidamente, venía el coste fiscal, esto es, el 0,5 por 100 de la total responsabilidad hipotecaria (1) en concepto del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados.

— Dicha escritura debía ser inscrita en el Registro de la Propiedad, con el consiguiente devengo de los aranceles del registrador.

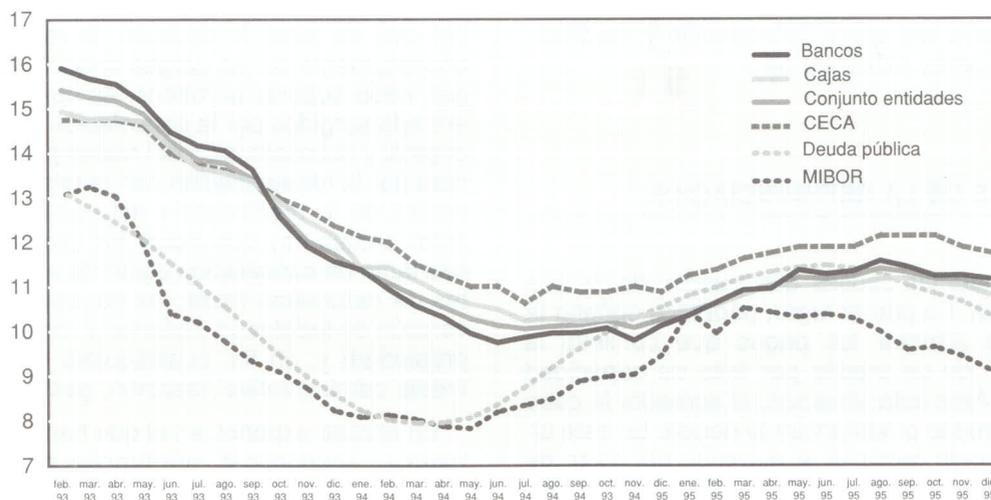
— Y, para finalizar, los gastos de gestión que todas estas operaciones comportan.

b) Constitución del nuevo préstamo:

— A esto había que añadir los costes de la nueva operación, esto es, comisión de apertura, comisión de estudio y nueva tasación, necesarias todas ellas para el nuevo préstamo hipotecario.

— Lógicamente, la nueva escritura de préstamo con garantía hipotecaria comportaría nuevos aranceles notariales.

GRÁFICO 1
EVOLUCIÓN DE LOS TIPOS OFICIALES PUBLICADOS POR EL BANCO DE ESPAÑA
EN LOS ÚLTIMOS TRES AÑOS



Fuente: Ausbanc.

CUADRO NÚM. 1
EVOLUCIÓN DE LOS TIPOS OFICIALES PUBLICADOS POR EL BANCO DE ESPAÑA
EN LOS ÚLTIMOS TRES AÑOS

		Bancos	Cajas	Conjunto entidades	CECA	Deuda pública	MIBOR
1993	Febrero	15,910	14,940	15,420	14,750	13,146	13,051
	Marzo	15,680	14,760	15,260	14,750	12,814	13,245
	Abril	15,550	14,800	15,180	14,750	12,442	13,028
	Mayo	15,140	14,710	14,890	14,635	12,077	11,963
	Junio	14,480	14,150	14,280	14,000	11,541	10,409
	Julio	14,180	13,670	13,860	13,750	11,067	10,221
	Agosto	14,060	13,560	13,780	13,625	10,563	09,784
	Septiembre	13,640	13,370	13,430	13,375	10,016	09,334
	Octubre	12,570	12,910	12,690	13,000	09,475	09,102
	Noviembre	11,910	12,480	12,030	12,750	09,000	08,742
Diciembre	11,570	12,160	11,730	12,375	08,607	08,238	
1994	Enero	11,379	11,438	11,351	12,125	08,236	08,090
	Febrero	10,942	11,425	11,079	12,000	08,027	08,139
	Marzo	10,565	11,143	10,792	11,500	07,959	08,041
	Abril	10,313	10,820	10,535	11,250	07,966	07,879
	Mayo	09,952	10,606	10,277	11,000	08,069	07,835
	Junio	09,742	10,484	10,124	11,000	08,363	08,198
	Julio	09,855	10,232	10,046	10,625	08,748	08,345
	Agosto	09,950	10,275	10,101	11,000	09,179	08,482
	Septiembre	09,955	10,216	10,129	10,875	09,604	08,875
	Octubre	10,062	10,282	10,229	10,875	09,969	08,970
	Noviembre	09,784	10,304	10,071	11,000	10,287	09,019
	Diciembre	10,115	10,376	10,255	10,875	10,531	09,445
1995	Enero	10,343	10,432	10,428	11,250	10,793	10,422
	Febrero	10,631	10,584	10,610	11,375	10,976	09,942
	Marzo	10,913	10,806	10,875	11,625	11,187	10,506
	Abril	10,943	11,014	10,997	11,750	11,327	10,409
	Mayo	11,356	11,006	11,186	11,875	11,416	10,300
	Junio	11,265	11,026	11,155	11,875	11,468	10,363
	Julio	11,328	11,028	11,217	11,875	11,388	10,272
	Agosto	11,560	11,151	11,385	12,125	11,287	09,982
	Septiembre	11,422	11,166	11,303	12,125	11,011	09,572
	Octubre	11,222	11,037	11,156	12,125	10,828	09,634
	Noviembre	11,236	11,018	11,135	11,875	10,653	09,430
	Diciembre	11,157	10,803	11,010	11,750	10,365	09,136
1996	Enero	10,733	10,834	10,810	11,625	09,997	08,659

Fuente: Ausbank.

— Esta constitución también vendría gravada con el impuesto del 0,5 por 100 sobre la responsabilidad hipotecaria asignada al inmueble.

— Dicha escritura debía ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad, devengando los consiguientes aranceles.

— Y, por último, los correspondientes gastos de gestión.

Vemos en los cuadros núms. 2 y 3 los gastos que comporta el cambio de hipoteca, esto es, los derivados de la cancelación y la constitución de una nueva. Para ello, hemos tomado las tablas de provisiones de fondos que con carácter orientativo para estas operaciones facilita una entidad financiera reconocida.

Pero lo más clarificador es ver un caso práctico

(véase cuadro núm. 4). Estamos ante un préstamo de 20 millones de pesetas pactado a quince años y a un interés fijo del 13 por 100 anual. Transcurridos diez años nos planteamos su refinanciación con otra entidad que nos ofrece un interés más favorable (el 10,5 por 100) para los cinco años restantes.

El préstamo inicial, con unos gastos de constitución de 367.800 ptas., tiene un coste efectivo para el prestatario —TAEG (2)— del 13,56 por 100. La operación de refinanciación considerada aislada es atractiva a primera vista, ya que se plantea con una reducción de 2,5 puntos porcentuales de interés nominal y con un coste efectivo para el deudor (TAEG'), después de la comisión de apertura (198.349) y los gastos de constitución (254.900), del 12,13 por 100, inferior a la de la operación anterior.

**CUADRO NÚM. 2
CRÉDITO VIVIENDA
PROVISIÓN PARA GASTOS DE CANCELACIÓN
DE HIPOTECA**

Importe	Notaría	Registro	Impuestos	Gestión	Total
1.000.000	45.000	16.000	10.000	20.000	91.000
2.000.000	47.000	17.000	20.000	20.000	104.000
3.000.000	52.000	18.000	30.000	20.000	120.000
4.000.000	54.000	19.000	40.000	20.000	133.000
5.000.000	56.000	20.000	50.000	20.000	146.000
6.000.000	60.500	21.500	60.000	20.000	162.000
7.000.000	62.150	23.000	70.000	20.000	175.150
8.000.000	63.500	24.000	80.000	20.000	187.500
9.000.000	65.000	25.000	90.000	20.000	200.000
10.000.000	65.750	26.000	100.000	20.000	211.750
11.000.000	71.300	27.000	110.000	23.000	231.300
12.000.000	72.700	28.000	120.000	23.000	243.700
13.000.000	73.500	29.000	130.000	23.000	255.500
14.000.000	74.500	30.000	140.000	23.000	267.500
15.000.000	75.000	31.000	150.000	23.000	279.000
16.000.000	76.000	32.000	160.000	23.000	291.000
17.000.000	77.100	32.500	170.000	23.000	302.600
18.000.000	78.000	33.000	180.000	23.000	314.000
19.000.000	78.300	33.500	190.000	23.000	324.800
20.000.000	79.500	35.000	200.000	23.000	337.500
21.000.000	80.000	35.500	210.000	26.000	351.500
22.000.000	81.000	36.000	220.000	26.000	363.000
23.000.000	82.000	36.500	230.000	26.000	374.500
24.000.000	82.750	37.000	240.000	26.000	385.750
25.000.000	83.500	38.000	250.000	26.000	397.500
26.000.000	84.250	38.500	260.000	26.000	408.750
27.000.000	85.000	39.000	270.000	26.000	420.000
28.000.000	85.750	39.500	280.000	26.000	431.250
29.000.000	86.500	40.000	290.000	26.000	442.500
30.000.000	87.250	40.500	300.000	26.000	453.750
31.000.000	88.000	41.000	310.000	29.000	468.000
32.000.000	88.750	41.500	320.000	29.000	479.250
33.000.000	89.500	42.000	330.000	29.000	490.500
34.000.000	90.250	42.500	340.000	29.000	501.750
35.000.000	91.000	43.000	350.000	29.000	513.000
36.000.000	91.750	43.500	360.000	29.000	524.250
37.000.000	92.500	44.000	370.000	29.000	535.500
38.000.000	93.250	44.500	380.000	29.000	546.750
39.000.000	94.000	45.000	390.000	29.000	558.000
40.000.000	94.750	45.500	400.000	29.000	569.250

Estas cifras son orientativas, no responsabilizándose la entidad de los cambios que puedan darse desde la publicación de estas tablas (enero 1995).

Sin embargo, la operación mixta, valorada en su conjunto, arroja un coste efectivo global (g) del 13,63 por 100. Por tanto, superior al coste de la operación sin refinanciación (13,56 por 100). En definitiva, a pesar de ofrecerse una operación en mejores condiciones de tipo de interés, no es aconsejable el cambio debido a los costes que provoca.

Se comprueba así, tal como señalábamos antes,

que una reducción en los tipos de interés no produce automáticamente que la refinanciación sea interesante y que los costes que ésta comporta pueden hacer que el diferencial entre el tipo de interés de la operación viva y el de una posible refinanciación para que ésta se lleve a cabo en condiciones favorables sea de dos o tres puntos porcentuales. En nuestro caso, dos puntos y medio no han sido suficientes, estando muy próximo a esta cifra el punto muerto a partir del cual interesa la refinanciación.

En general, a medida que el capital pendiente sea mayor y que el plazo que reste a la operación inicial sea más prolongado, para que la operación de refinanciación interese se requerirá un menor diferencial de tipo de interés.

La situación vista en el ejemplo práctico se daba en un momento (1993) en el que los tipos de interés estaban descendiendo. En estas circunstancias se publica en el periódico *La Vanguardia* de Barcelona, el día 3 de octubre de 1993, un artículo titulado «Coste del cambio de hipoteca», del Catedrático de Derecho Civil Alfonso Hernández Moreno y del Registrador de la Propiedad Fernando Méndez González. En este trabajo se hace mención a la posibilidad de evitar todos estos costes a través del mecanismo recogido en el artículo 1.211 de nuestro Código Civil, según el cual «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».

Los días 23 y 29 de octubre de ese mismo año, el Grupo Parlamentario del Congreso de los Diputados Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya presenta sendas interpellaciones urgentes dirigidas al gobierno, conducentes a asegurar que el descenso en los tipos de interés tenga su adecuado traslado al mercado hipotecario en las mejores condiciones económicas para los deudores. El día 8 de noviembre de ese mismo año se aprueba por unanimidad una moción que instaba al gobierno a «producir en el plazo más breve posible la normativa adecuada sobre transparencia, condiciones financieras y derechos de acreedores y deudores en los préstamos hipotecarios, de forma que el descenso de los tipos de interés repercuta directamente en beneficio de las personas físicas titulares de dichas hipotecas y créditos, y valore la conveniencia de extenderlo posteriormente a las personas jurídicas. En todo caso, esta normativa deberá incluir, en debida forma jurídica, los siguientes extremos: a) habilitar los mecanismos para que los deudores, en aplicación de los artículos 1.211, 1.212 y concordantes del Código Civil, puedan subrogar sus hipotecas a otro acreedor» (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, número 26, serie D, página 19).

CUADRO NÚM. 3
CRÉDITO VIVIENDA
PROVISIÓN PARA GASTOS DE CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA

Importe	Tasación	Notaría	Registro	Impuestos	Apertura	Gestión	Total
1.000.000	21.850	45.000	16.000	10.000	100.000	20.000	212.850
2.000.000	21.850	47.000	17.000	20.000	100.000	20.000	225.850
3.000.000	21.850	52.000	18.000	30.000	100.000	20.000	241.850
4.000.000	21.850	54.000	19.000	40.000	100.000	20.000	254.850
5.000.000	23.000	56.000	20.000	50.000	100.000	20.000	269.000
6.000.000	23.000	57.600	21.500	60.000	105.000	20.000	287.100
7.000.000	24.150	59.000	23.000	70.000	122.500	20.000	318.650
8.000.000	24.150	60.600	24.000	80.000	140.000	20.000	348.750
9.000.000	24.150	62.000	25.000	90.000	157.500	20.000	378.650
10.000.000	24.150	63.600	26.000	100.000	175.000	20.000	408.750
11.000.000	29.900	65.000	27.000	110.000	192.500	23.000	447.400
12.000.000	29.900	66.600	28.000	120.000	210.000	23.000	447.500
13.000.000	29.900	67.700	29.000	130.000	227.500	23.000	507.100
14.000.000	29.900	68.500	30.000	140.000	245.000	23.000	536.400
15.000.000	29.900	69.250	31.000	150.000	262.500	23.000	565.650
16.000.000	36.800	70.000	32.000	160.000	280.000	23.000	601.800
17.000.000	36.800	70.750	32.500	170.000	297.500	23.000	630.550
18.000.000	36.800	71.500	33.000	180.000	315.000	23.000	659.300
19.000.000	36.800	72.000	33.500	190.000	332.500	23.000	687.800
20.000.000	36.800	73.000	35.000	200.000	350.000	23.000	717.800
21.000.000	46.000	74.500	35.500	210.000	367.500	26.000	759.500
22.000.000	46.000	76.000	36.000	220.000	385.000	26.000	789.000
23.000.000	46.000	77.500	36.500	230.000	402.500	26.000	818.500
24.000.000	46.000	79.000	37.000	240.000	420.000	26.000	848.000
25.000.000	46.000	80.500	38.000	250.000	437.500	26.000	878.000
26.000.000	46.000	82.000	38.500	260.000	455.000	26.000	907.500
27.000.000	46.000	83.500	39.000	270.000	472.500	26.000	937.000
28.000.000	46.000	85.000	39.500	280.000	490.000	26.000	966.500
29.000.000	46.000	86.500	40.000	290.000	507.500	26.000	996.000
30.000.000	46.000	88.000	40.500	300.000	525.000	26.000	1.025.500

Estas cifras son orientativas, no responsabilizándose la entidad de los cambios que puedan darse desde la publicación de estas tablas (enero 1995).

IV. LA SUBROGACIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

El 30 de marzo de 1994 se aprueba la Ley 2/1994, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (LSMPH) —BOE de 4 de abril, fecha de entrada en vigor. Esta ley toma, o pretende tomar, como eje central la fórmula subrogatoria del artículo 1.211 del Código Civil. Ahora bien, si analizamos el contenido del artículo 2 LSMPH y lo comparamos con el citado artículo del Código Civil, llegaremos a la conclusión de que ambos parten de filosofías muy distintas. En el artículo 1.211 del Código Civil la iniciativa la lleva el *deudor* que desea cambiar su acreedor primitivo por otro que le ofrece mejores condiciones económicas. Sin embargo, en el artículo 2 de la Ley 2/1994, es la llamada *entidad subrogada (nuevo acreedor)* la que lleva todo el peso del procedimiento subrogatorio y quien paga al prestamista original. El deudor sólo aparece en la fase inicial del proceso, dando su consentimiento a la oferta vinculante que le ofrece la entidad que se

va a subrogar, ratificándolo luego en la escritura notarial de subrogación.

En el artículo 1.211 del Código Civil es el deudor quien paga y no el tercero, como sucede en los demás casos de subrogación legal —artículo 1.210 Código Civil (3). Como señalan Hernández Moreno y Viola de Mestre (1996), las cautelas y exigencias que establece el artículo 1.211 del Código Civil sirven para asegurar la finalidad del pago hecho por el deudor (con dinero del tercero), que no es, como pudiera en principio pensarse, el de liberarse y extinguir la obligación, sino el de permitir al prestamista ocupar el puesto del acreedor satisfecho. Si ahora, con la Ley 2/1994, es el tercero quien paga a la entidad acreedora, no tiene sentido exigir todas las condiciones del artículo 1.211, ya que bastaría con que hubiese constancia del consentimiento, expreso o tácito, del deudor, seguido del pago por la nueva entidad crediticia, para que se produjese el cambio de acreedor, tal como dispone el número 2 del artículo 1.210 del Código Civil. No habría sido, pues, preciso el otorgamiento de escritura notarial

**CUADRO NÚM. 4
CASO PRÁCTICO**

PRÉSTAMO INICIAL (Entidad A)

Importe del préstamo	: 20.000.000
Duración	: 15 años
Tipo de interés	: 13% anual (pagos anuales)
Com. de apertura	: 1%
Com. cancelac. anticip.	: 2%
Gastos iniciales	: 36.800 tasación
	73.000 notaría
	35.000 registro
	200.000 A.J.D.
	23.000 gestión
	<hr/>
	367.800 total

REFINANCIACIÓN (Entidad B)

10.885.252 + cancelación (*)
5 años
10,5 % (pagos anuales)
1,75 %
1 %
29.900
65.000
71.300
27.000
27.000
110.000
110.000
23.000
23.000

Gastos constitución	254.900	231.300	Gastos cancelación
---------------------	---------	---------	--------------------

$$20.000.000 = A_0 a_{\overline{15}|13} \longrightarrow A_0 = 3.094.836$$

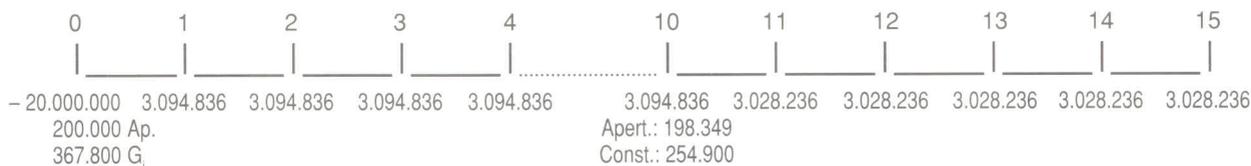
$$19.432.200 = A_0 a_{\overline{15}|TAEG} \longrightarrow TAEG = 13,56\%$$

$$C_{11} = A_0 a_{\overline{13}|13} = 10.885.252$$

$$10.885.252 + 0,02 \times 10.885.252 + 231.300 = 11.334.257$$

$$11.334.257 = B_0 a_{\overline{11}|10,5} \longrightarrow B_0 = 3.028.236$$

$$10.881.008 = B_0 a_{\overline{13}|TAEG'} \longrightarrow TAEG' = 12,13\%$$



$$19.432.200 = 3.094.836 a_{\overline{10}|g} + (198.349 + 254.900) (1+g)^{-10} + (1+g)^{-10} 3.028.236 a_{\overline{13}|g} \longrightarrow g = 13,63\% > 13,56\% (TAEG)$$

(*) Se refinancian, además del capital pendiente, los gastos de cancelación, incluida la comisión de cancelación anticipada.

de subrogación ni ninguno de los demás trámites del artículo 2 de la LSMPH, ni tampoco los otros del artículo 1.211 del Código Civil. Habría bastado con introducir una pequeña norma de ampliación del artículo 1.210,2 del Código Civil para adaptarlo a los créditos hipotecarios, y para establecer el procedimiento de liquidación.

1. Objetivo de la Ley

Esta Ley intenta dar una respuesta rápida a una necesidad social, cual es la reducción de los tipos de interés de los préstamos con garantía hipotecaria vigentes ajustándose a la entonces tendencia general de descenso de estos tipos en el mercado. Para hacernos una idea del efecto social de las posibles medidas, debemos tener en cuenta que, siguiendo las cifras publicadas por el Instituto Nacional de Estadística sobre hipotecas correspondientes al año 1993, el número de fincas hipotecadas ascendía a 374.482, lo que significaba casi tres billones de pesetas.

Como señala la exposición de motivos, «el descenso generalizado de los tipos de interés experimentado en los últimos meses ha repercutido, como

es lógico, en los de los préstamos hipotecarios, y parece razonable y digno de protección que los ciudadanos que concertaron sus préstamos con anterioridad a la bajada de los tipos puedan beneficiarse de las ventajas que supone este descenso. Pero, por otra parte, la situación de estos prestatarios se ve agravada por la concurrencia de una doble circunstancia, que determina la inviabilidad económica del cambio de hipoteca: la fuerte comisión por amortización anticipada, impuesta por las entidades crediticias al tiempo de otorgar el contrato, y la duplicación de gastos que implican la cancelación de un crédito hipotecario y la constitución de otro nuevo». Por tanto, la Ley 2/1994 pretende desarrollar el mecanismo de la subrogación previsto en el artículo 1.211 del Código Civil para aquellos supuestos en los que la obligación nace de un préstamo con garantía hipotecaria, y cuyo acreedor es una entidad financiera de las relacionadas en la Ley del Mercado Hipotecario.

Pero, además, para favorecer esta operación, se procede a una reducción de los gastos que ocasiona este mecanismo de la subrogación, y se considera exenta del impuesto de actos jurídicos documentados la escritura que documente la operación

de subrogación. Además, y en el ámbito contractual, se limita a un 1 por 100 la cantidad que puede percibir la entidad acreedora en concepto de comisión por amortización anticipada de su crédito.

Por otra parte, se favorece la renegociación con la propia entidad de las condiciones económicas del préstamo hipotecario, considerando igualmente exentas en la modalidad gradual de actos jurídicos documentados las escrituras públicas de novación modificativa de préstamos hipotecarios.

2. Ámbito de aplicación

El artículo 1 de la Ley define su ámbito de aplicación. Para que pueda producirse el mecanismo de la subrogación, se exigen los siguientes requisitos:

A) *Requisito subjetivo: prestamista*

El prestamista de la operación bancaria que se pretende sustituir debe ser alguna de las entidades financieras recogidas en el artículo 2 de la Ley del Mercado Hipotecario. Por tanto, el Banco Hipotecario de España y restantes entidades de crédito de capital público estatal, bancos privados, cajas de ahorros, entidades cooperativas de crédito y sociedades de crédito hipotecario.

B) *Requisito subjetivo: entidad subrogada*

Sólo tienen cabida las subrogaciones en las que el sujeto subrogado sea, igualmente, alguna de las entidades del artículo 2 de la Ley del Mercado Hipotecario antes citadas. En realidad, el artículo 1.1 de la Ley dice literalmente «otras entidades análogas». Aunque tal expresión pudiera suscitar dudas, lo cierto es que con esta expresión se pretende no ser reiterativo, de forma que la interpretación más lógica es que los nuevos acreedores en los préstamos objeto de subrogación deban ser alguna de las entidades del artículo 2 de la Ley del Mercado Hipotecario.

C) *Requisito objetivo: préstamos hipotecarios*

El artículo 1.1 habla de «préstamos hipotecarios», lo que implica excluir cualesquiera créditos no procedentes del préstamo. Quedarían así excluidos los créditos garantizados con hipoteca procedentes de cualesquiera contratos crediticios que no sean estrictamente préstamos (por ejemplo, apertura de crédito).

Probablemente, la razón de la restricción hay que buscarla en la conexión con la normativa sobre el mercado hipotecario, en la que se regulan únicamente los contratos de préstamo. Sin embargo, no había razón para excluir del ámbito de aplicación de esta ley otras formas de crédito distintas de la estricta del contrato de préstamo.

D) *Préstamos hipotecarios a interés fijo o variable*

A partir de los preceptos de la Ley, podría interpretarse que ésta sólo tiene aplicación para los préstamos hipotecarios a interés variable. Y ello porque el procedimiento que establece el artículo 2 parece expresamente diseñado para el supuesto en el que el préstamo hipotecario fuera concertado de esa forma, y porque en ningún artículo hace mención específica al tipo de interés fijo, mientras que, por el contrario, el tipo de interés variable aparece explícitamente referido en el artículo 3 y en la disposición adicional 1.^a, uno y otra referentes a la comisión de amortización anticipada, así como en la disposición adicional 2.^a, que introduce nuevos apartados a la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

Sin embargo, hay varias razones que nos inclinan a entender que esta ley es aplicable, igualmente, a los préstamos a interés fijo:

a) En el artículo 1, al señalar el ámbito de aplicación de la Ley, no distingue si los préstamos están concertados a tipo de interés fijo o variable.

b) Es la postura más coherente con el objeto de la ley, en tanto en cuanto no hay razón que explique por qué se favorece el cambio de los préstamos a tipo variable y no los que están contratados a tipo fijo, máxime cuando son estos últimos aquellos en los que no repercute en ninguna medida la bajada de los tipos de mercado.

c) El hecho de que el artículo 3 y la disposición adicional 1.^a concedan determinados beneficios económicos a quienes pretendan cambiar de acreedor, o modificar un contrato de préstamo a tipo de interés variable, no puede en modo alguno condicionar el ámbito de la ley.

d) El hecho de que el artículo 3 y la disposición adicional 1.^a se refieran a los préstamos a interés variable «referidos en el artículo 1 de esta Ley» supone, simplemente, que la normativa aprobada afecta a este tipo de préstamos, pero no que no pueda afectar a otros.

e) El hecho de que el artículo 2 esté pensando más en los préstamos concertados a tipo de interés variable no significa que no pueda aplicarse igualmente a los préstamos a tipo de interés fijo.

E) *Requisito temporal*

El artículo 1.2, al determinar el ámbito de aplicación de la ley, habla de contratos de préstamo hipotecario «cualquiera que sea la fecha de su formalización». La redacción de este precepto es bastante clara, a pesar de que el primer párrafo de la exposición de motivos, al hablar del descenso generalizado de los tipos de interés, dice que «parece razonable y digno de protección que los ciudadanos

que concertaron sus préstamos con anterioridad a la bajada de los tipos puedan beneficiarse de las ventajas que supone este descenso». Parece clara la intención del legislador de dar respuesta a un problema concreto. Sin embargo, no es razonable entender que nos encontremos ante una ley que, dictada para una situación determinada, pierda su vigencia una vez cumplido su objetivo, y ello por cuanto cabe pensar que se reproduzca un proceso de descenso generalizado en los tipos de interés. Ante esta situación no cabría entender que los préstamos concertados con posterioridad al 4 de abril de 1994, fecha en la que entró en vigor la Ley 2/1994, no pudieran acudir a los mecanismos de subrogación y novación contenidos en ella.

3. Trámites para el cambio de entidad crediticia

A) La oferta vinculante

En primer lugar, la expresión «oferta vinculante», utilizada en esta y otras leyes, no es precisamente afortunada. En realidad, toda oferta es vinculante, ya que obliga a aquel que la realiza. Cuando nuestro ordenamiento habla de «oferta vinculante» realmente quiere hablar de «oferta irrevocable», esto es, se fija un plazo durante el cual podrá ser aceptada y en el cual no podrán alterarse las condiciones ofrecidas.

Pero es que en el caso que nos ocupa (párrafo segundo del artículo 2, Ley 2/1994) realmente estamos ante un contrato. En efecto, este mismo precepto señala que la aceptación de la oferta por el deudor implicará su autorización para que la oferente se la notifique a la entidad acreedora. Por tanto, una vez aceptada, existe un acuerdo de voluntades y, por consiguiente, un contrato.

Estaremos ante un contrato consensual de préstamo, ya que no se hará la entrega del dinerario, sino que, por el contrario, esta entrega estará sometida a la condición suspensiva de que la primitiva acreedora no enerve la subrogación. Transcurrido el plazo de quince días naturales durante el cual la entidad de crédito original tiene derecho a enervar dicha subrogación, se habrá cumplido la *conditio iuris* para que tenga plena eficacia el contrato de préstamo. La entrega queda pospuesta al momento inmediatamente anterior al del otorgamiento de la llamada «escritura de subrogación», momento en el cual la entidad subrogada entregará la cantidad a la primera entidad prestamista.

Aunque el precepto de referencia, al aludir a la oferta vinculante, sólo hace mención a que en ella han de constar las condiciones financieras del nuevo préstamo hipotecario, es claro que deberán constar todas las demás condiciones que configuran dicho préstamo, incluida su finalidad, que no será otra que el pago de la deuda del prestatario y

la subrogación de la entidad que presta. En este contrato, podría incluso faltar el importe a prestar, dejando esta cantidad a la que resulte bien de la certificación del importe debido por el deudor emitida por el prestamista original o la fijación ulterior por la entidad que pretende subrogarse, en defecto de dicha certificación.

De acuerdo con la norma 6.^a bis de la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, modificada por la Circular 5/1994, de 22 de julio, la oferta vinculante 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. 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 sobre préstamos hipotecarios de 5 de mayo de 1994 (importe del préstamo y forma de entrega, forma de amortización, intereses ordinarios, comisiones, tabla de pagos e interés anual equivalente, intereses de demora, causas de resolución anticipada).

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 dicha Circular, si bien, entre los conceptos de coste, se incluirá, además, el importe estimado de la comisión de cancelación del préstamo objeto de subrogación.

Con la oferta vinculante, las entidades financieras informan al cliente del coste efectivo, correspondiente al período remanente, del préstamo en el que proyectan subrogarse. Este cálculo se realizará de acuerdo con las normas generales, si bien se tomarán en cuenta exclusivamente aquellos conceptos de coste que quedarían por pagar si la operación siguiera su curso normal.

B) Determinación del importe de la deuda

Siguiendo el párrafo 2.º del artículo 2 de la Ley 2/1994, una vez concertado el préstamo con finalidad subrogatoria (lo que la ley llama oferta vinculante) y notificada a la acreedora sus condiciones, ésta tiene obligación de entregar, en el plazo de siete días naturales, la certificación correspondiente en la que se liquiden todos los conceptos debidos por la parte deudora.

Esta certificación deberá entregarse a la nueva entidad prestamista, puesto que es ésta quien la ha requerido. Sin embargo, esto plantea problemas, porque el deudor es el principal interesado en saber cuál es su deuda pendiente para, una vez satisfecha por la nueva entidad, quedar vinculado a esta última. Incluso, el deudor debe tener conocimiento

del contenido de esa certificación por si desea acudir a los tribunales para recurrir su contenido. Ahora bien, si a pesar de que el deudor no tenga conocimiento de esa certificación en el momento de otorgar escritura pública de subrogación, éste no presenta oposición alguna, cosa que será lo más frecuente, habrá en definitiva reconocido la deuda con sus consiguientes efectos.

Se encuentra así el deudor en una situación de franca indefensión, agravada por el hecho de que muy raramente la nueva entidad va a discutir el contenido de la liquidación del préstamo inicial; primero, porque carecerá de los datos necesarios para ello, y segundo, porque no va a enfrentarse con otra entidad financiera en un tema que ni le va ni le viene, ya que lo que le importa es captar al cliente, no defenderle frente al acreedor original. En definitiva, lo más lógico hubiera sido diseñar un procedimiento en el que la acreedora entregara la documentación para que la deuda pendiente fuera calculada por un tercero independiente, como ocurre en el procedimiento del artículo 1.435, párrafo 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, donde la liquidación la realiza un fedatario mercantil.

Por otra parte, si la entidad acreedora no entrega la certificación estableciendo el importe de la deuda, éste será determinado por la entidad que pretende subrogarse. El problema es saber cómo va a hacerlo sin dato contable alguno. Cabe pensar que lo realizará a la vista de los extractos periódicos que debería tener el deudor, pero también puede que éste los haya extraviado. Le cabrá a la entidad, por tanto, hacer el cálculo a la vista de la escritura de constitución (que también puede haber perdido el deudor) y trabajar con la hipótesis de que todos los pagos se han realizado puntualmente, cosa que puede no ser cierta. En fin, una vez más, hubiera sido mejor que la liquidación la realizara un fedatario mercantil, procedimiento al que ya están perfectamente acostumbradas las entidades financieras, repercutiendo sobre la acreedora las consecuencias de su falta de colaboración.

El párrafo 4.º del artículo 2, LSMPH, dice que, en estos casos en los que la entidad acreedora no comunica la cantidad pendiente o se niega a recibir su pago, «basta con que la entidad subrogada la calcule bajo su responsabilidad y asumiendo las consecuencias de su error, que no serán repercutibles al deudor». Ahora bien, ¿cuál es la supuesta responsabilidad de la entidad crediticia en los casos de error en el cálculo? Caben dos situaciones: que el cálculo se realice por exceso o por defecto.

Si la entidad calcula el importe de la deuda por exceso y, por tanto, en la escritura de subrogación figura una suma superior a la realmente debida, esto implicará que la entidad subrogada sea acreedora sólo por lo verdaderamente adeudado, aunque figure una cantidad superior en la escritura. Se subrogará así en la suma menor, y el resto no será exi-

gible al deudor. De esta forma, asume la entidad las consecuencias de su error que, como dice la Ley, no podrá repercutir al deudor.

El segundo supuesto es aquel en el que el cálculo se realiza por defecto, esto es, la entidad subrogada establece una cantidad inferior a la realmente debida. Se plantea aquí la duda de quién debe satisfacer esa diferencia. Lo lógico es reconocer que el verdadero deudor es quien debe satisfacer esa diferencia, porque, en otro caso, habría un enriquecimiento injusto. No debería entenderse que la entidad subrogada asuma una cantidad que realmente es debida por el deudor. Todo ello, siempre que haya desplegado la suficiente diligencia, porque, en otro caso, evidentemente, asumiría las consecuencias de la falta de diligencia.

En este caso, nos planteamos cuál será la responsabilidad de la entidad subrogada. Responderá, desde luego, de los posibles perjuicios derivados de una negativa del acreedor inicial a recibir menos de lo que realmente se le debe; igualmente, la nueva acreedora debería cubrir el diferencial de tipo de interés sobre la cantidad debida, esto es, la diferencia entre el interés pactado en la operación original y el fijado para la nueva operación; también, en fin, cualesquiera otros gastos adicionales, como serían los notariales, registrales, gastos, en su caso, de litigio con la acreedora, para hacer posible la subrogación por el total, que era, desde luego, la intención del deudor y del tercero cuando contrataron.

Nos queda, por último, hacer mención al *procedimiento judicial* que se produce en estos casos de discordancia entre el cálculo realizado por la entidad acreedora y el efectuado por la entidad subrogada. La exposición de motivos de la Ley aclara que la intención ha sido adoptar un sistema análogo, aunque no idéntico, al regulado en el artículo 153.5 de la Ley Hipotecaria (LH) para las hipotecas sobre cuentas corrientes de crédito. La referencia a las similitudes entre lo previsto en el artículo 2 de la LSMPH y el artículo 153 de la LH no son muchas. Así, en el procedimiento de la Ley Hipotecaria, hay sólo dos sujetos implicados; por el contrario, en el artículo 2, Ley 2/1994, hay tres. Además, en el procedimiento del artículo 153 de la LH, las partes se hallan en fase de ejecución de la hipoteca por incumplimiento de la obligación principal, mientras que en el supuesto que nos ocupa se trata de cuantificar las sumas debidas en un momento en el que el deudor no tiene por qué haber incumplido todavía, más bien al contrario.

Como ha destacado algún autor, resulta llamativo en la regulación de este procedimiento judicial la nula participación del deudor cuando es el sujeto más interesado en saber cuánto se debe. El legislador, sin embargo, excluye su presencia, quizá inducido por la responsabilidad que la ley atribuye a la entidad prestamista en el cálculo del débito y la consiguiente imposibilidad de repercutir los fallos en el deudor. Pero el deudor sigue adeudando unas can-

tidades, ya sea a la acreedora, ya a la nueva entidad crediticia, y debe tener, pues, la facultad de alegar lo que considere oportuno en la cuantificación de su deuda. Por tanto, el hecho de que no intervenga en este procedimiento judicial no supone que automáticamente pierda los medios de oponerse a esa determinación o liquidación de lo debido. Y si no los puede alegar en aquél, lo tendrá que hacer mediante demanda en un juicio declarativo ordinario, con la consiguiente pérdida de economía procesal y aumento de costes para las partes, tanto para el deudor como para la entidad prestamista, por lo que hubiera sido mucho más lógico dar entrada en el procedimiento de determinación judicial de la cantidad a todos los sujetos implicados y, por tanto, también al deudor.

En cuanto al desarrollo de este procedimiento judicial, una vez efectuado el cálculo por la entidad subrogada, ésta procederá a depositar el dinero en poder del notario, quien notificará a la acreedora este hecho, disponiendo ésta, a partir de entonces, de ocho días para oponerse. La oposición se efectuará también por conducto notarial, y sólo podrá basarse en un error de cálculo de la entidad prestamista. Si transcurre ese plazo de ocho días sin oposición, se entiende que hay una tácita aprobación por el acreedor de la cantidad calculada. Si hay oposición, a partir de entonces cualquiera de las partes puede acudir ante el juez competente para la ejecución de la hipoteca y alegar lo que estime oportuno; aquél citará a la entidad acreedora y a la subrogada, dentro del término de ocho días, a una comparecencia y, después de oírlas, admitirá los documentos que se presenten, resolviendo dentro de los tres días siguientes.

Con este procedimiento, en el supuesto, hartamente improbable, de que se plantease un conflicto judicial (porque si se añaden estos costes ni a la entidad acreedora le interesa mantener al cliente ni a la subrogada captarlo), se le traslada al juez la carga de determinar la deuda pendiente en el préstamo, tema para el que, probablemente, no esté preparado y deba apelar a un perito. Si se hubiera introducido en la fase anterior la intervención de este perito, como es el fedatario mercantil, se hubiera ahorrado tiempo y dinero.

C) *Derecho de la entidad acreedora a enervar la subrogación*

Según el párrafo 3.º del artículo 2, LSMPH, la entidad acreedora original, una vez celebrado el contrato privado entre deudor y nueva entidad, tiene la facultad de enervar la subrogación, manteniendo vigente el préstamo primitivo, si en un plazo de quince días naturales, a contar desde la entrega de la certificación en la que determina el importe de la deuda, se aviene a modificar las condiciones del préstamo original (novación modificativa). Al margen de la im-

precisión técnica al hablar de enervar la subrogación cuando ésta todavía no se ha producido, este precepto parece reconocer un derecho a favor de la acreedora inicial cuando en ningún caso puede forzar al deudor que ha contratado con la nueva entidad a seguir vinculado con la acreedora aun en las mismas condiciones que aquélla le ofrecía.

De lo dicho se deduce que el deudor no está obligado a aceptar la oferta de modificación que le ofrece la entidad acreedora. Por tanto, podría negarse a la novación modificativa aun cuando ésta se le ofreciese en las mismas condiciones financieras que las ya convenidas con la otra entidad. Así pues, el principio de libertad de contratación juega con toda plenitud, de forma que el deudor puede elegir la entidad con la que va a seguir su relación crediticia y optar así por la antigua acreedora, modificando el contrato primitivo, o bien por la nueva a través de la subrogación.

De la literalidad del precepto, y de esta posibilidad de optar, cabe concebir que la antigua entidad puede haberle ofrecido las mismas condiciones u otras diferentes. Podría ofrecer un tipo de interés inferior al que le ofrece la nueva entidad, aunque, lo más probable, es que no haga esto, sino que, por el contrario, le proponga un interés menor que el que tenía pero mayor del que le ofrece la nueva entidad, sabedora de que los costes de la subrogación pueden hacer decidir al deudor en favor de la novación modificativa.

Con un ejemplo numérico lo veremos más claro (cuadro núm. 5). En el mismo supuesto visto antes, los gastos de la operación de refinanciación (subrogación) se ven reducidos a 130.450 (4), frente a las 486.200 que representaban los gastos de cancelación y constitución de la nueva operación antes de la Ley 2/1994.

En esta circunstancia, el coste efectivo de la operación considerada en su conjunto (g) mejora el coste efectivo de la operación inicial (13,53% < 13,56%). Interesa, por tanto, la subrogación. Sin embargo, a la entidad de crédito inicial le bastará ofrecer la novación con un tipo de interés del 12 por 100 (un punto menos que el inicial, y un punto y medio más que el que ofrece la otra entidad), que significa una cuota anual de 3.019.675, para que al deudor le interese permanecer en la misma entidad, ya que su coste efectivo global será menor que con la operación de subrogación (13,49% < 13,53%). Para ello, hemos supuesto el caso más habitual, que es la modificación del tipo de interés realizada mediante una simple carta de la entidad de crédito a su cliente y, por tanto, una novación sin gastos.

D) *El pago de la deuda pendiente*

Ya hemos señalado que una de las diferencias entre la regulación del artículo 1.211 del Código Ci-

una vez satisfecha la deuda, entregará a la entidad que pretende subrogarse un *resguardo* en el que quedará constancia de *la operación bancaria realizada con tal finalidad solutoria*. Difiere también en este punto la LSMPH del Código Civil en cuanto que el artículo 1.211 de este cuerpo legal es más explícito; ha de haber una «carta de pago» que exprese la procedencia de la cantidad pagada. Pero, como el párrafo 1.º del artículo 2 de la LSMPH remite al citado precepto del Código Civil, ha de concluirse que de todos modos el resguardo deberá contener una manifestación específica sobre el hecho de que el dinero proviene de un contrato de préstamo (la llamada *oferta vinculante*), celebrado con finalidad de subrogar a la entidad prestamista, en aplicación del artículo 1.211 del Código Civil.

Finalmente, este resguardo ha de adjuntarse necesariamente a la escritura notarial de subrogación, de forma que el notario pueda dar fe en el mismo documento notarial de que hubo un préstamo al deudor con finalidad de subrogar a la entidad prestamista, y que se pagó a la acreedora la suma comunicada por ésta. Así se evita que, a la hora de acudir al Registro, se rechace la inscripción por no haberse acreditado de forma fehaciente no ya el préstamo, que sí constaría en escritura pública, sino su efectiva ejecución.

Hasta aquí el supuesto en que la entidad acreedora comunica la suma debida y recibe el pago de la otra entidad financiera. Sin embargo, cabe que no haga ni una cosa ni la otra, esto es, se niegue a comunicar la suma debida o a recibir el pago. En este supuesto, el momento del pago se produce con posterioridad al otorgamiento de la escritura de subrogación. Concretamente, la entidad subrogada deposita la suma debida calculada bajo su responsabilidad en poder del notario autorizante de la escritura de subrogación a disposición de la entidad acreedora. A tal fin, el notario se lo notificará de oficio a la entidad acreedora mediante la remisión de copia autorizada de la escritura de subrogación.

E) *Escritura notarial de subrogación*

La Ley 2/1994, al tratar de seguir la fórmula subrogatoria del artículo 1.211 del Código Civil adaptándola a los préstamos hipotecarios, se ve en la necesidad de exigir una escritura notarial. Sin embargo, el artículo 2 de esta Ley incurre en imprecisiones, de forma que en su párrafo 1.º habla de escritura pública que tiene que ser de préstamo (en cuanto habla de tomar prestado el dinero por escritura pública), mientras que en los párrafos 3.º y 4.º habla de «escritura de subrogación». En todo caso, habrá una única escritura pública, que no será otra que la que incorpore el contrato de préstamo que se celebró en su momento entre el deudor y la nueva entidad prestamista (la oferta vinculante aceptada), en la que se expresará como dato fundamental la finalidad subrogatoria de la operación.

Como señalan Ruiz-Rico y Ureña (1994), la exigencia de escritura pública en el artículo 1.211 del Código Civil, como ha señalado buena parte de la doctrina tradicional, obedece al fin de evitar posibles fraudes a terceros. Se exige así una constancia clara del momento en que se celebraron estos actos jurídicos para comprobar el cumplimiento de las distintas fases del proceso subrogatorio. De otra forma, se podrían lesionar los intereses de terceros (acreedores del deudor) aparentando que el préstamo fue anterior al pago o que se pagó con dinero de tercero, cuando en realidad nada de esto habría sucedido, y el crédito se habría extinguido por el cumplimiento ordinario.

Sin embargo, como destacan los citados autores, esta justificación no es del todo correcta. Entienden que la exigencia de escritura pública no encaja en absoluto en la normativa general de la subrogación (artículos 1.209-1.210 del Código Civil), dada la ausencia total de requisitos de forma en estos dos preceptos, lo que induciría a pensar que tampoco debe haberlos en el artículo 1.211 si es que se le quiere dar alguna relevancia práctica y no convertirlo en una norma inútil. Pero, además, la forma de subrogación del artículo 1.210,2 (pago de tercero no interesado con aprobación del deudor) repercute sustancialmente en el ámbito del artículo 1.211, con el que guarda grandes similitudes. Ello les hace pensar que el presupuesto de la escritura pública no puede ser requisito de forma esencial en el artículo 1.211, pudiendo darse la subrogación con un simple documento privado de préstamo acompañado de las restantes condiciones legales.

Trasladando esta idea a las subrogaciones en los créditos hipotecarios en virtud de la LSMPH, habría que pensar que el legislador se ha equivocado al exigir la escritura notarial de préstamo para que surta efectos la subrogación, y ello porque, como ya se ha señalado, el pagador es el tercero (entidad subrogada), y no el deudor, lo cual hace más fácil acudir a la vía subrogatoria del artículo 1.210,2 del Código Civil en lugar de a la del 1.211 del mismo cuerpo legal o a la del artículo 2 de la LSMPH.

Pero dado el *iter* subrogatorio que establece el artículo 2 de la LSMPH (contrato privado de préstamo, pago de la deuda por la entidad crediticia, emisión de resguardo y otorgamiento de escritura notarial de subrogación), el riesgo de fraude a los acreedores del deudor (haciéndoles creer que la fecha de celebración del contrato crediticio con el tercero fue anterior al momento del pago al acreedor, cuando en realidad no sucedió así) no se evita, porque la escritura notarial es prácticamente siempre posterior al pago, y ello por mandato legal. De esta forma, el fraude a los acreedores sería perfectamente posible con el sistema instaurado por el artículo 2 de la LSMPH, ya que el notario daría fe de la declaración de la entidad subrogada de haber pagado y de la incorporación a la escritura del resguardo que acredita dicho pago, hechos estos que

pueden ser completamente falsos. Luego, en conclusión, carece de sentido en la Ley mantener la exigencia de escritura pública de subrogación como no sea para facilitar el acceso del cambio de acreedor y de tipos de interés al Registro de la Propiedad.

En cuanto al contenido de la escritura de subrogación, en primer lugar, su contenido fundamental será el contrato de préstamo concertado entre el deudor y la entidad subrogada. En él, además, se expresará necesariamente la finalidad subrogatoria de dicha operación.

Por otra parte, a tenor del artículo 4 de la Ley 2/1994, «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». Al margen de la deficiente técnica jurídica de este precepto, debemos señalar varias cuestiones:

a) Este precepto no puede impedir que en dicha escritura se pacten condiciones distintas de las que afectan al tipo de interés, y ello a tenor de los artículos 1.203 y siguientes del Código Civil, preceptos que no pueden entenderse derogados por la LSMPH. Además, este artículo 4 no puede derogar el principio de libertad de contratación. De esta forma, las cláusulas que modifiquen otras condiciones del préstamo no podrían ser consideradas nulas por ir contra una norma prohibitiva (artículo 6.3 del Código Civil). Lo único que ocurrirá es que se perderán los beneficios económicos (reducción de aranceles y exenciones fiscales) si se modifica cualquier condición que no se refiera al tipo de interés.

Además, ¿qué se entiende por «mejora de las condiciones del tipo de interés»? Cambiar de un tipo de interés fijo a otro variable ¿es mejorar o no? ¿Y de uno variable a otro fijo?

b) Pero, al margen de lo señalado, lo más grave es la confusión del legislador. Mediante esta operación subrogatoria, el deudor pretende refinanciar su deuda con la entidad de crédito. Se pretende así formalizar otra operación financiera distinta de la vigente y, por tanto, en condiciones jurídicas y económicas también diferentes. La entidad subrogada no tiene por qué someterse a las condiciones que pactó el deudor con el prestamista inicial. Muy al contrario, podría establecer sus propias condiciones que, valoradas separada o conjuntamente, podrían ser mejores que las de la operación inicial, aun cuando su tipo de interés no fuese inferior al de la operación vigente.

En efecto, pensemos en el supuesto, olvidado por la Ley 2/1994, de un préstamo a interés fijo. Pudiera interesar al deudor cambiarse de entidad de crédito cuando la segunda le ofrezca una comisión por cancelación anticipada inferior a la que tiene vigente con la entidad de crédito inicial. De esta forma, aun con un tipo de interés igual o mayor, podría interesarle el cambio. A la luz del artículo 4 de la Ley que

comentamos, eso no sería posible, ya que sólo se permite pactar «la mejora de las condiciones del tipo de interés».

c) También se sitúa la subrogación en situación peor que la novación modificativa, aunque a lo mejor esto es lo que realmente se pretende, ya que respecto a esta última, el artículo 9, además de la mejora de las condiciones del tipo de interés, permite que se pueda pactar la alteración del plazo. De esta forma, si una entidad le ofrece al deudor igual tipo de interés, o incluso mayor, que el vigente para su operación inicial, pero con un mayor plazo de amortización, podría interesarle el cambio de acreedor. Sin embargo, a la luz de la LSMPH, no podría gozar de los beneficios económicos de la subrogación.

d) En fin, el legislador también manifiesta su ignorancia en términos financieros, ya que la alteración del tipo de interés cuando éste es fijo acarrea, generalmente, la variación, aunque sea mínima, del plazo. Todo ello sin olvidar que está restringiendo los amplios términos económicos de una operación financiera al campo exclusivo, aunque desde luego el más importante, del tipo de interés.

Volviendo al contenido de la escritura de subrogación, el párrafo 3.º del artículo 2 establece que habrá de incluirse en ella la «declaración de la entidad subrogada de haber pagado a la acreedora la cantidad acreditada por ésta por el capital pendiente e intereses y comisión devengados y no satisfechos». De este modo, al menos en forma de manifestación, queda clara la aplicación del préstamo al pago de la deuda pendiente y, por tanto, al cumplimiento del fin subrogatorio. Además, y como ya hemos señalado, se incorporará a la escritura un resguardo de la operación bancaria realizada con tal finalidad subrogatoria.

4. Beneficios económicos de la operación subrogatoria

A) Comisión por amortización anticipada

Si hay subrogación no existe extinción de la obligación y, por tanto, parece poco riguroso jurídicamente que la comisión se aplique por una amortización anticipada del crédito que supone la extinción, lo que, en realidad, no se ha producido.

De acuerdo con el artículo 3, cuando se haya pactado amortización anticipada sin fijar comisión, no habrá derecho a percibir cantidad alguna por este concepto. A este respecto, hay que señalar que aunque la ley no hubiera dicho nada, es claro que no puede exigirse el pago de una comisión no pactada.

Cuando la comisión pactada fuese inferior al 1 por 100, la comisión a recibir será de este importe, y cuando fuese superior a ese 1 por 100, se podrá cobrar como máximo este porcentaje.

En cuanto a la base sobre la cual se calculará dicha comisión, será, como no puede ser de otra forma, el capital pendiente de amortizar. En la actualidad, no existe, que nosotros sepamos, ninguna entidad que establezca una cláusula en virtud de la cual la comisión por amortización anticipada se cobre sobre cantidad distinta que la de la propia amortización. De todas formas, con esta redacción, la ley cierra el paso a estas posibles, aunque improbables, cláusulas.

El principal problema o duda que plantea este precepto es que se refiere exclusivamente a los préstamos a *interés variable*. Cabría preguntarse si esta limitación al 1 por 100 del importe de la comisión por amortización anticipada sería aplicable también a los préstamos a tipo fijo. La respuesta sólo puede ser negativa, ya que el precepto mencionado limita su ámbito de forma clara a los préstamos pactados a interés variable.

Al margen del carácter discutible de la limitación de condiciones económicas por parte del legislador en un régimen de economía de mercado, lo que desde luego es criticable es que si se limita la comisión por amortización anticipada esto se haga sólo para un tipo de préstamo: los pactados a interés variable.

Desde una perspectiva económica, es claro que en las situaciones de reducción de los tipos de interés en el mercado, la tendencia a la refinanciación será mayor en los supuestos de préstamos pactados a interés fijo. En efecto, cuando se ha pactado un interés variable, el tipo de referencia seguirá el mismo camino que los intereses de mercado, de forma que si éstos bajan, el tipo de referencia, con mayor o menor celeridad, también bajará. Por ello, evidentemente, cuando los tipos de interés descienden, serán aquellos prestatarios que en su momento convinieron un tipo fijo los más interesados en cancelar anticipadamente su deuda; por ello, debiera haber sido este tipo de préstamos aquellos en los que se debiera haber limitado, en su caso, la comisión por cancelación anticipada.

Pero es que, además, la justificación que de este precepto da el propio legislador en la exposición de motivos de la Ley es sencillamente disparatada. Se dice que «en esta modalidad de préstamo (a tipo variable), 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». Decir que el prestamista asume menor riesgo en un préstamo a tipo variable que en otro a tipo fijo es sencillamente desconocer los riesgos que experimentan las entidades financieras. Cuando una entidad concede un préstamo el principal riesgo que asume es el llamado «riesgo de crédito», esto es, el de insolvencia del prestatario, que dependerá de la situación económica presente y futura del prestatario, de la calidad de las garantías

(entre ellas de la hipotecaria), etc. Es, por tanto, irrelevante a qué tipo de interés, fijo o variable, se haya contratado la operación.

Lo único que puede decirse es que el lucro cesante que puede experimentar una entidad por la amortización anticipada de un préstamo a tipo fijo puede ser mayor que en los casos de tipos variables, en tanto en cuanto en estos últimos el tipo aplicado a la operación se reducirá en los supuestos en que los tipos de interés de mercado también bajen. Por tanto, el riesgo de cancelación anticipada es siempre el mismo, esto es, la pérdida de unas ganancias (tipo de interés) que serán mayores o menores respecto a la que se pueda obtener mediante la reinversión de lo recibido en función de la diferencia entre el tipo de interés de la operación que se cancela y el de la operación en que se reinvierte ese importe, al margen de los costes de transformación.

En segundo lugar, la asimilación de la comisión de cancelación anticipada con la «pena por desistimiento» tampoco tiene ningún sentido, porque aquí no hay desistimiento alguno, sino justamente lo contrario, esto es, cumplimiento íntegro del contrato, lo único que es realizado antes del plazo pactado.

Por último, extender el principio de moderación judicial de la pena convencional que establece el artículo 1.154 del Código Civil a la posibilidad de que el legislador, ya no a la vista del caso concreto como ocurre en los supuestos de moderación judicial, sino, por el contrario, en todo caso y por ley, limite una condición económica del contrato, no es más que una pura y simple restricción de la autonomía de la voluntad.

B) *El daño económico*

Al margen del tema de la comisión por amortización anticipada, el artículo 3 de este precepto nos sorprende, tras limitar al 1 por 100 el importe de esta comisión, introduciendo el siguiente matiz:

«No obstante, si la entidad acreedora demuestra la existencia de un *daño económico* que no implique la sola pérdida de ganancias, producido de forma directa como consecuencia de la amortización anticipada, podrá reclamar aquél.» La duda que surge inmediatamente es cuál es ese daño económico.

La respuesta es, desde luego, difícil; teniendo en cuenta que la propia Ley ha excluido de forma expresa lo único que podría alegar la entidad acreedora como daño económico —esto es, la pérdida de las ganancias previstas derivadas de los intereses que se producirían en los próximos años—, queda realmente muy poco de lo que pueda derivarse un daño económico. Sólo cabría plantearse, como hacen Ruiz-Rico y Ureña (1994), las repercusiones negativas que sufriría la acreedora si sobre el crédito hipotecario objeto de subrogación hubiese constituido, por ejemplo, alguno de los títulos

regulados en la Ley del Mercado Hipotecario; esto es, si se emitiesen cédulas, bonos o participaciones hipotecarias. En los casos de amortización anticipada, el titular de estos títulos perdería toda o parte de la garantía básica (el crédito hipotecario) que aseguraba la devolución de la cantidad prestada a la entidad emisora (la acreedora del crédito hipotecario), y entonces podría pedir la devolución anticipada de dicha cantidad por pérdida o por disminución de las garantías (artículos 1.129 del Código Civil, 117 LH, 15.3 LMH y 63.3 RMH). Esto podría implicar costes económicos para la entidad emisora de los títulos al verse obligada a complementar las garantías dadas ofreciendo otras nuevas. Cabría preguntarse si, en virtud del artículo 3, Ley 2/1994, podría la entidad acreedora, emisora de los títulos, hacer repercutir al deudor esas consecuencias económicas negativas.

Entendemos que esto es inadmisibles. En ningún supuesto de emisión de títulos hipotecarios tendría derecho la entidad acreedora a reclamar a quien corresponda el supuesto daño económico. Y ello porque, en el caso de *cédulas hipotecarias* aseguradas con todos los créditos (incluido el objeto de subrogación) de la entidad crediticia, al recaer éstas sobre todos los créditos hipotecarios de la entidad, faltaría la conexión directa a la que alude la LSMPH entre amortización anticipada de uno de ellos y el daño económico. Cabría decir lo mismo de los *bonos hipotecarios*, ya que en éstos, por afectar a una serie concreta de créditos hipotecarios de la entidad emisora, tampoco se daría esa conexión directa, porque quedarían vivos otros créditos para hacer efectiva la garantía.

Cabría más duda en las *participaciones hipotecarias*, por afectar éstas a créditos hipotecarios concretos. Pero también aquí hay que negar la posibilidad de reclamar daños económicos, ya que no se produce ningún incumplimiento contractual, sino, por el contrario, un cumplimiento anticipado, además, en virtud de una cláusula acordada expresamente por las partes contratantes. Tampoco cabría exigirle el supuesto quebranto económico, ya que el deudor, al celebrar el contrato de préstamo, no pudo haber previsto que sobre el mismo iba a ser emitido con posterioridad un título hipotecario. Además, también existe un concurso de la entidad acreedora, ya que ésta ha podido enervar la subrogación ofreciéndole al deudor una novación modificativa.

Sobre el tema del daño económico, podemos concluir diciendo, con el informe elaborado por el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, de 30 de noviembre de 1994 (1729/1994), que el artículo 3.3 de la Ley 2/1994 exige para que se produzca el supuesto de hecho —esto es, la compensación económica por reembolso anticipado de un préstamo— los siguientes requisitos:

a) Que la entidad acreedora demuestre la existencia de un daño económico.

b) Que ese daño no implique una sola pérdida de ganancias.

c) Que el meritado daño se produzca de forma directa como consecuencia de la amortización anticipada del préstamo (artículo 1.253 del Código Civil).

C) *Beneficios fiscales*

Los beneficios fiscales que recoge el artículo 7 de la Ley 2/1994 se concretan en la exención de la escritura que documente la operación de subrogación en la modalidad gradual de actos jurídicos documentados sobre documentos notariales.

En todo caso, como señalan Hernández Moreno y Viola de Mestre (1996), no obstante la justificación de dicha exención ya se encontraba en el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Así, de las tres condiciones que se exigen para dicha tributación, por razón del acto jurídico documentado en cuestión —a saber: escritura pública, acto inscribible y cantidad o cosa valuable—, falta esta última, precisamente por el juego de la idea de la subrogación, que no supone aparición de nueva cantidad valuable alguna.

D) *Honorarios notariales y registrales*

De acuerdo con el artículo 8 de la Ley 2/1994, para el cálculo de los honorarios notariales y registrales se tomará como base la cifra del capital pendiente de amortizar en el momento de la subrogación y se entenderá que el documento autorizado contiene un solo concepto. Véase el cuadro núm. 6, que recoge las tablas de provisiones de fondos que, con carácter orientativo para esta operación, facilita la entidad de crédito tomada como referencia, y el cuadro comparativo entre la situación anterior y posterior a la LSMPH (cuadro núm. 7).

Dos cuestiones deben destacarse a este respecto. Primero, al tomarse como base de cálculo de los aranceles de los fedatarios públicos el capital pendiente de amortizar, quedan excluidos de esa base los intereses devengados, así como la comisión, y ello a pesar de que en la escritura de subrogación deberá acreditarse que se ha pagado la cantidad debida a la entidad acreedora inicial por capital pendiente e intereses, de conformidad con el párrafo tercero *in fine* del artículo 2 de la Ley 2/1994.

En segundo lugar, se hace mención a que debe entenderse que el documento autorizado contiene «un solo concepto». Uno de los motivos que provocó la promulgación de la Ley, como hemos señalado anteriormente, era la duplicidad de gastos que se originaba como consecuencia de la cancelación del antiguo préstamo y la constitución de otro

CUADRO NÚM. 6
CRÉDITO VIVIENDA
PROVISIÓN PARA GASTOS DE SUBROGACIÓN DE HIPOTECA

<i>Importe pendiente préstamo</i>	<i>Tasación</i>	<i>Notaría</i>	<i>Registro</i>	<i>Apertura</i>	<i>Gestión</i>	<i>Total</i>
1.000.000	22.500	43.000	15.500	100.000	20.000	201.000
2.000.000	22.500	45.000	16.000	100.000	20.000	203.500
3.000.000	22.500	46.000	16.500	100.000	20.000	205.000
4.000.000	22.500	47.000	17.000	100.000	20.000	206.500
5.000.000	23.000	50.000	17.500	100.000	20.000	210.500
6.000.000	23.000	52.000	18.000	105.000	20.000	218.000
7.000.000	24.150	53.000	18.500	122.500	20.000	238.150
8.000.000	24.150	54.000	19.000	140.000	20.000	257.150
9.000.000	24.150	55.000	19.500	157.500	20.000	276.150
10.000.000	24.150	56.000	20.000	175.000	20.000	295.150
11.000.000	29.900	56.800	20.750	192.500	23.000	322.950
12.000.000	29.900	57.600	21.500	210.000	23.000	342.000
13.000.000	29.900	58.400	22.250	227.500	23.000	361.050
14.000.000	29.900	59.000	23.000	245.000	23.000	379.900
15.000.000	29.900	59.800	23.500	262.500	23.000	398.700
16.000.000	36.800	60.600	24.000	280.000	23.000	424.400
17.000.000	36.800	61.400	24.500	297.500	23.000	443.200
18.000.000	36.800	62.000	25.000	315.000	23.000	461.800
19.000.000	36.800	62.800	25.500	332.500	23.000	480.600
20.000.000	36.800	63.300	26.000	350.000	23.000	499.100
21.000.000	46.000	64.300	26.500	367.500	26.000	530.300
22.000.000	46.000	65.000	27.000	385.000	26.000	549.000
23.000.000	46.000	65.800	27.500	402.500	26.000	567.800
24.000.000	46.000	66.600	28.000	420.000	26.000	586.600
25.000.000	46.000	67.150	28.500	437.500	26.000	605.150
26.000.000	46.000	67.700	29.000	455.000	26.000	623.700
27.000.000	46.000	68.100	29.500	472.500	26.000	642.100
28.000.000	46.000	68.500	30.000	490.000	26.000	660.500
29.000.000	46.000	68.875	30.500	507.500	26.000	678.875
30.000.000	46.000	69.250	31.000	525.000	26.000	697.250

Nota importante: En la escritura de subrogación sólo se podrá pactar la mejora de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente fijado. Por tanto, si el deudor pretende modificar otras condiciones del préstamo vigente, no podrá acogerse a los beneficios económicos de la Ley de Subrogación, debiendo consultar, para esa clase de operación, las tablas de gastos de cancelación de la hipoteca vigente y las de constitución de la nueva que se adjuntan.
Estas cifras son orientativas, no responsabilizándose la entidad de los cambios que puedan darse desde la publicación de estas tablas (enero 1995).

nuevo. Así, los aranceles notariales y registrales se calculaban por dos conceptos: cancelación y constitución de una nueva hipoteca. En cambio, mediante el procedimiento de la subrogación, el préstamo y la hipoteca no se cancelan para concertar un nuevo préstamo con una nueva garantía hipotecaria, sino que el dinero fruto de este segundo préstamo se destina al cumplimiento de la obligación inicialmente pactada. La consecuencia de esto es la sustitución del sujeto que ha proporcionado el dinero en la misma posición crediticia. En definitiva, se origina una novación subjetiva en la posición acreedora (artículos 1.203 y siguientes del Código Civil), permaneciendo invariable la relación jurídica originaria de conformidad con lo establecido en el artículo 1.212 del Código Civil (5).

Hay, pues, un cambio de acreedor, pero no de crédito ni de garantías; por ello, la escritura devengará aranceles por un único concepto, esto es, la subrogación. En definitiva, no hay tal reducción de

aranceles dado que hay una única operación («negocio jurídico»), cosa que ocurría igualmente antes de la LSMPH.

V. NOVACIÓN MODIFICATIVA DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

1. Diferencias con la subrogación

Como medio alternativo a la subrogación, la Ley 2/1994 recoge la posibilidad de la novación modificativa, que permite, al igual que la subrogación, la reducción de los tipos de interés en los préstamos hipotecarios, pero con la diferencia de que la modificación se pacta con el acreedor original y que se autoriza la modificación del plazo. Estamos, pues, en el ámbito de la novación modificativa objetiva, en cuanto que se altera la obligación preexistente, sin que haya cambio de sujetos.

**CUADRO NÚM. 7
CUADRO COMPARATIVO**

Importe	Cancelación	Constitución	Total	Subrogación
1.000.000	91.000	212.850	303.850	201.000
2.000.000	104.000	225.850	329.850	203.500
3.000.000	120.000	241.850	361.850	205.000
4.000.000	133.000	254.850	387.850	206.500
5.000.000	146.000	269.000	415.000	210.500
6.000.000	162.000	287.100	449.100	218.000
7.000.000	175.150	318.650	493.800	238.150
8.000.000	187.500	348.750	536.250	257.150
9.000.000	200.000	378.650	578.650	276.150
10.000.000	211.750	408.750	620.500	295.150
11.000.000	231.300	447.400	678.700	322.950
12.000.000	243.700	477.500	721.200	342.000
13.000.000	255.500	507.100	762.600	361.050
14.000.000	267.500	536.400	803.900	379.900
15.000.000	279.000	565.650	844.650	398.700
16.000.000	291.000	601.800	892.800	424.400
17.000.000	302.600	630.550	933.150	443.200
18.000.000	314.000	659.300	973.300	461.800
19.000.000	324.800	687.800	1.012.600	480.600
20.000.000	337.500	717.800	1.055.300	499.100
21.000.000	351.500	759.500	1.111.000	530.300
22.000.000	363.000	789.000	1.152.000	549.000
23.000.000	374.500	818.500	1.193.000	567.800
24.000.000	385.750	848.000	1.233.750	586.600
25.000.000	397.500	878.000	1.275.500	605.150
26.000.000	408.750	907.500	1.316.250	623.700
27.000.000	420.000	937.000	1.357.000	642.100
28.000.000	431.250	966.500	1.397.750	660.500
29.000.000	442.500	996.000	1.438.500	678.875
30.000.000	453.750	1.025.500	1.479.250	697.250

Nota: Se incluye en los gastos de constitución y de subrogación una comisión de apertura del 1,75 por 100 (mín. 100.000), que son las condiciones que establece la entidad que hemos tomado de referencia.

Dos son las posibles modificaciones: el tipo de interés y el plazo. En cuanto se refiere a la modificación del tipo de interés, se recoge en el artículo 9 de la Ley, de forma análoga a lo que hace el artículo 4 para la subrogación, aunque este último precepto habla de reducción, mientras que el artículo 9 habla simplemente de modificación, aunque más adelante utiliza la expresión «mejora». Sin embargo, y como diferencia, en la novación sólo se permite la modificación de los intereses ordinarios, y en la subrogación también se admite la de los intereses de demora.

Además de la modificación del tipo de interés, cabe la alteración del plazo. Esta es otra diferencia respecto a la subrogación.

La ley nada dice sobre si esta modificación del plazo debe ser una reducción del mismo o cabe una ampliación, aunque, en principio, debe entenderse que se produce mejora en los supuestos de prolongación del plazo, considerándose que el retraso en el cumplimiento de la obligación resultará más beneficiosa para el deudor en igualdad de tipo de interés.

Cabe preguntarse si, además de la mejora del

tipo de interés y la alteración del plazo, la modificación puede afectar a otros aspectos de la obligación. A este respecto, debe señalarse que si bien no puede restringirse la libertad de contratación y cabe que se altere cualquier otra condición, sólo en los casos de modificación del tipo de interés y del plazo, la novación modificativa podrá aprovecharse de las ventajas económicas (fiscalidad y aranceles notariales y registrales) que recoge la Ley.

La ley no exige que la novación deba realizarse en escritura pública. Sin embargo, este requisito debería respetarse en tanto en cuanto el pacto consiste en una modificación que afecta a un derecho real sobre un bien inmueble, a tenor del artículo 1.280,1 del Código Civil, si bien sería un requisito de forma exigible sólo *ad probationem*. Además, si se quiere que la modificación acceda al Registro de la Propiedad y, por tanto, tenga plena eficacia frente a terceros, a tenor del artículo 144 y concordantes de la Ley Hipotecaria, se exigirá la forma documental de escritura pública. Sin embargo, hay que señalar que en la práctica las novaciones se realizan mediante documento privado suscrito entre entidad de crédito y cliente; a veces, incluso mediante carta firmada por el prestamista, y si se opta por la forma de documento público, no siempre se acude a la escritura pública, sino que se utiliza frecuentemente la póliza intervenida por Corredor de Comercio Colegiado.

2. Beneficios económicos de la novación modificativa

A) Beneficios fiscales

Del mismo modo que para la subrogación, la Ley 2/1994 establece que las escrituras públicas de novación modificativa de préstamos hipotecarios estarán exentas de la modalidad gradual de actos jurídicos documentados, siempre que concurren los requisitos del artículo 9, esto es, que el acreedor sea una de las entidades a las que se refiere el artículo 1 de la Ley y que la modificación afecte a las condiciones del tipo de interés o/y se pacte la alteración del plazo.

B) Honorarios notariales y registrales

Para el cálculo de los honorarios notariales y registrales de las escrituras que contengan novaciones modificativas, se tomará como base la que resulte de aplicar al importe de la responsabilidad hipotecaria vigente el diferencial entre el tipo de interés del préstamo que se modifica y el interés nuevo. Por «responsabilidad hipotecaria» debe entenderse la que viene referida a la inicialmente establecida en el contrato de préstamo hipotecario que se modifica, por lo que incluirá el principal, intereses, costas y gastos.

Tal vez podríamos concluir, con Hernández Moreno y Viola de Mestre (1996), con un juicio global sobre la LSMPH. Como señalan estos autores, la Ley analizada era absolutamente innecesaria; en primer lugar, por defecto, puesto que la regulación del artículo 1.211 del Código Civil es mucho más amplia. La Ley 2/1994 solamente regula una especie de subrogaciones, que es la que afecta a un determinado y restringido número de sujetos y de créditos. Pero también era innecesaria por exceso, por cuanto esta norma pretende mejorar, confusa e injustificadamente, la situación de unos cuantos deudores prescindiendo de la situación, igualmente atendible, de los demás. Esto al margen de que la técnica jurídica deja mucho que desear. Pero, además, en la propia norma se contiene el germen de su inaplicación, puesto que recoge la posibilidad de enervar la subrogación.

En un país poco aficionado a cumplir con sus propias leyes, hay que recordar que existen ya promulgadas normas tales como la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios o la Ley de Defensa de la Competencia, que pueden prestar una ayuda inestimable a la aplicación de la sola norma fundamental sobre la subrogación que se halla contenida en el artículo 1.211 del Código Civil.

NOTAS

(1) La hipoteca garantiza el cumplimiento íntegro en cuanto al capital, y con respecto a los intereses, en defecto de pacto en contrario, sólo asegura, en perjuicio de tercero, las dos últimas anualidades y la parte vencida de la anualidad corriente. En ningún caso puede pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años (artículo 114 de la Ley Hipotecaria).

(2) Tasa anual efectiva global.

(3) Artículo 1.210: «Se presumirá que hay subrogación:

1.º Cuando un acreedor pague a otro acreedor preferente.

2.º Cuando un tercero no interesado en la obligación pague con aprobación expresa o tácita del deudor.

3.º Cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda.»

(4) Para su determinación, se ha seguido la tabla orientativa que ofrece la misma entidad de crédito utilizada para el ejemplo anterior. Véase cuadro núm. 6.

(5) De acuerdo con este precepto, «la subrogación transfiera 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».

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMOGUERA GÓMEZ, Angel (1995), *La titulización crediticia (Un estudio interdisciplinar)*, Colección Economía, Civitas.

HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.ª Dolores (1996), «Algunas cuestiones civiles de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 19, abril.

HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso, y VIOLA DE MESTRE, Isabel (1996), «La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Tomo II, vol. 2, Civitas, 1996.

RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, y UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena (1994), «Aspectos civiles de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», *Actualidad Civil*, núm. 38, 17-23 octubre.