

EL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE SUBROGACION Y MODIFICACION DE PRESTAMOS HIPOTECARIOS

José A. Antón

I. INTRODUCCION.

El descenso generalizado de los tipos de interés que se ha venido produciendo en los últimos meses ha provocado una fuerte reacción por parte de los prestatarios que tenían concertados préstamos hipotecarios a tipos superiores a los actualmente vigentes y que se han considerado injustamente tratados si tales tipos no eran objeto de una revisión a la baja.

De otro lado, en su sesión de 8 de noviembre de 1993, el Pleno del Congreso de los Diputados, con motivo del debate de la Moción consecuencia de la interpelación sobre las medidas a adoptar por el Gobierno para asegurar que el descenso de los tipos de interés tenga su adecuado traslado al mercado hipotecario, acordó instar al Gobierno a producir en el más breve plazo posible la normativa adecuada. Anticipándose al Gobierno, el Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergencia i Unió presentó, para su toma en consideración, una Proposición de Ley de Reforma Parcial de la Ley Hipotecaria⁽¹⁾.

Anteriormente, el Ministerio de Justicia había preparado un Anteproyecto de Ley sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios que se había distribuido para su informe, entre otras entidades y organismos, al Consejo Económico y Social.

Por su parte, el mercado también ha reaccionado en cuanto que entidades financieras que tradicionalmente habían ignorado las necesidades de financiación de la vivienda familiar han visto una ocasión propicia para entrar en este sector del mercado -quizá a falta de otras oportunidades de negocio más acordes con la que ha sido su normal actividad- ofreciendo a los prestatarios clientes de otras entidades el cambio en sus hipotecas, rebajando los intereses, alargando los plazos o ambas cosas a la vez. Esta actuación afecta directamente a las primeras entidades prestamistas que ven cómo sus mejores clientes, aquellos que ofrecen una mayor seguridad en el cumplimiento de sus obligaciones, son captados por las nuevas entidades prestamistas. Ven, asimismo, alterados sus cálculos de costes ya que, normalmente, la financiación a la vivienda se articula mediante un préstamo al constructor en el que posteriormente se subrogan los adquirentes de las viviendas. Este préstamo ha de contar con una prima de riesgo por el conocimiento, al inicio de la operación, de quien ha de ser, finalmente, el deudor. Adicionalmente, la cancelación anticipada de los créditos provoca dificultades considerables en las previsiones de tesorería y, en el cercano futuro, puede hacer muy difícil las operaciones de titulización de créditos hipotecarios previstas por la Ley 19/1992, de 7 de julio, en la que se habían cifrado

(1) Boletín Oficial de las Cortes Españolas. V Legislatura. Senado. Serie III A. Proposiciones de Ley del Senado. 30 de diciembre de 1993. Núm. 8 (a).

importantes esperanzas de que pudiera contribuir a incrementar sensiblemente los fondos que han de destinarse a la financiación de la vivienda.

Como es sabido, este mecanismo consiste en la transformación en valores de renta fija homogéneos, estandarizados y, por consiguiente, susceptibles de negociación en mercados de valores organizados los conjuntos de participaciones en préstamos hipotecarios que adquieran de entidades de crédito. El sistema permite que las entidades de crédito desbloqueen los recursos que están dedicados a los préstamos a largo plazo y puedan incrementar así la oferta de fondos para la financiación de nuevas viviendas. En cuanto que el Fondo de titulización cobra los intereses de los préstamos y con ellos abona a los inversores su utilidad, las cancelaciones anticipadas de los préstamos rompen el flujo de fondos con que se había contado al diseñar los bonos ofrecidos a los partícipes del Fondo y complica de manera importante su gestión.

Como vemos, la cuestión que queda planteada pone en juego un amplio conflicto de intereses.

1. El interés de los particulares en que los costes de sus préstamos hipotecarios no estén por encima de lo que el mercado señala en cada momento.

2. El de las entidades financieras en no ver alteradas sus cuentas de resultados de manera importante por la dificultad que supone ajustar simultáneamente el coste del dinero que obtienen de sus depositantes y que también ha de reducirse.

3. Los efectos sobre la competencia ordenada en cuanto que una abierta lucha en la rebaja de los tipos de interés para captar la clientela de otras entidades puede generar una "guerra de activo" que puede dañar muy seriamente la cuenta de resultados de instituciones que, hasta el momento, han mostrado una sólida posición en el mercado.

4. Efectos desalentadores de la financiación de la vivienda por parte de las entidades que durante años han venido dedicándose con profesionalidad a esta tarea y que pueden ver no sólo dañada su imagen por una competencia que selecciona sus mejores clientes sino que, además, no se ve obligada a incurrir en coste alguno de estudio del proyecto, pues la viabilidad del mismo ya fue suficientemente analizada por la entidad que figuró como primer acreedor.

Este conjunto -complejo- de circunstancias exige una ponderación de los intereses en juego derivados de las profundas diferencias en que la regulación prevista diverge de sus antecedentes. De estos antecedentes es, sin duda, el artículo 1.211 del Código civil, el más evidente.

II. EL ARTICULO 1.211 DEL CODIGO CIVIL.

Establece este precepto:

"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".

Esta norma, como ha puesto de manifiesto la generalidad de la doctrina civil, proviene del Código civil francés. Por su parte, la doctrina francesa⁽²⁾ explica el origen de esta subrogación por voluntad del deudor remontándolo a una declaración de Enrique IV, de mayo de 1.609, relativa a una operación que podría denominarse de conversión de rentas. La tasa de las rentas constituidas, muy frecuentes en la antigua monarquía, consecuencia de la prohibición del préstamo con interés, había sido fijada por un edicto de Carlos IX de 1.572 en 12 dinares (1 por 12), o sea, un 8 y 1/3 por 100. Después de la pacificación y de la vuelta a los negocios que señalaron el fin de las guerras de religión, Enrique IV, en 1600, fijó la tasa de las constituciones de renta en 16 dinares (1 por 16) o sea al 6 y 1/4 por 100. Los renteros deudores tenían, por tanto, el mayor interés en tomar prestado a la nueva tasa el dinero necesario para pagar a los nuevos prestamistas. Pero éstos, que querían conservar el beneficio de sus colocaciones anteriores, se hubieran negado a subrogar a los nuevos capitalistas en las garantías hipotecarias que aseguraban el pago de sus rentas, si el citado edicto de Enrique IV no hubiera autorizado a los prestatarios a forzar la resistencia de sus acreedores y a prescindir de su consentimiento para realizar la subrogación.

Debe observarse que esta subrogación es realizada por el deudor, sin consentimiento del acreedor, disponiendo del derecho de éste y transmitiéndolo a un tercero lo que, evidentemente, supone una situación jurídicamente anómala que, en su momento, se explicó en virtud de consideraciones prácticas: el legislador estimó que el acreedor, en cuanto que se le pague lo que se le debe, no tiene ninguna razón legítima para negarse a una combinación útil a su deudor, útil al capitalista complaciente que el deudor ha podido interesar en sus negocios y útil, por fin, al interés económico general al que sirve siempre favoreciendo la liberación de los deudores. Estos fundamentos del precepto (actual artículo 1.211 del C.c.) son justamente, lo que hoy no resultan tan claros.

Por otro lado, el artículo 1.211 exige que se haga constar en escritura pública el préstamo, haciendo constar que el dinero se toma para pagar la deuda, precisando así, de forma auténtica, el origen, el destino y el empleo del dinero.

Colin y Capitant señalan que estas formalidades sirven para prevenir un posible fraude, que sería el siguiente. Supongamos que el deudor ha gravado sus bienes con varias hipotecas y que ha pagado al primer acreedor inscrito. Más adelante, necesitando dinero, podría intentar hacer renacer esta primera hipoteca, en detrimento del segundo acreedor llegado al primer rango, y en beneficio de un nuevo prestamista, realizando con éste un contrato privado con antedata en el que simularía que el dinero prestado hoy lo ha sido anteriormente y con el fin de pagar al antiguo primer acreedor hipotecario lo que pretenden las formalidades del artículo 1.211 es impedir este fraude y salvaguardar los intereses de los acreedores intermedios entre el primer inscrito y el último llegado.

III. LOS ASPECTOS FISCALES.

Las actividades jurídicas realizadas en el ámbito de los mercados hipotecarios tropiezan, casi con generalidad, con los inconvenientes de la imposición indirecta, y más concretamente, con los

(2) Colin y Capitant.- Curso elemental del Derecho civil. Tomo 3°. Traducción y notas de Demófilo de Baren. Madrid. Reus. 1924. Págs. 188-189.

costes que supone la aplicación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

En efecto, los préstamos están exentos del ITP y AJD, de acuerdo con el artículo 45 I.B. 15 del Texto Refundido, pero como el apartado 4 del artículo 7 considera no sujetas al concepto de Transmisiones patrimoniales onerosas las operaciones realizadas por empresarios en el ejercicio de su actividad empresarial y, en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al IVA nos encontramos con que los préstamos concedido por entidades financieras:

1. No están sujetos a transmisiones patrimoniales onerosas.

2. Están sujetos y exentos (artículo 20, 1, nº 18 de la Ley del IVA) de IVA.

3. Al no estar sujetos a "transmisiones patrimoniales", cuando estén garantizados con hipoteca y sean, pues, inscribibles en el Registro de la propiedad, estarán sujetos a "actos jurídicos documentados" (50 pesetas por pliego o 25 por folio, a elección del fedatario, y 0,18 por 100 de la obligación garantizada -artículo 31 en relación con el artículo 10, 2, c). Este gravamen se aplicará tanto cuando se constituya la hipoteca como cuando se cancele o se realice cualquier otro acto inscribible en el Registro.

IV. OTROS COSTES.

En la concesión de préstamos hipotecarios habrá también que incluir, como costes, los honorarios de notarios y registradores, y en su caso, de los tasadores de los bienes ofrecidos en garantía.

V. EL ANTEPROYECTO DE LEY

Sobre la situación descrita, el Anteproyecto de Ley parece tratar de actuar sobre un campo limitado ya que su propósito declarado es hacer posible el ejercicio de la subrogación por el deudor, limitando la cuantía de la cantidad a percibir por la entidad acreedora en concepto de comisión por amortización anticipada del crédito y reduciendo los costes fiscales y de los honorarios notariales y registrales. Las líneas esenciales del anteproyecto son las siguientes.

A. Ambito subjetivo.

El artículo 1º del Anteproyecto limita la aplicación del mismo a las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 21/1981, del Mercado Hipotecario, es decir: el Banco Hipotecario de España y, cuando así lo permitan sus respectivos estatutos, las Entidades oficiales de crédito; los Bancos privados, incluido el Banco Exterior de España; las Cajas de Ahorros; la Caja Postal de Ahorros; las Entidades de Financiación, reguladas por el Real Decreto 896/1977, de 28 de marzo; las Entidades Cooperativas de Crédito, y las Sociedades de Crédito Hipotecario.

Quedan, pues, excluidas cualesquiera otras entidades y, por supuesto, las personas físicas con lo que se puede presumir que el Anteproyecto trata de actuar exclusivamente en el ámbito de la "industria" de los préstamos hipotecarios, limitándose, además, desde una perspectiva

objetiva a los préstamos concedidas para la promoción o adquisición de viviendas y locales de negocios.

No resulta, en modo alguno, claro que este criterio sea útil. Se introduce una quiebra en la homogeneidad del tratamiento jurídico de instituciones que complica la aplicación del ordenamiento sin que ello traiga consigo ventajas evidentes. Máximo, en cuanto que también existen limitaciones objetivas cuando los préstamos hipotecarios -incluso concedidos por las instituciones implicadas- no afecten a viviendas o a locales de negocios sino a otro tipo de inmuebles: edificios fabriles, obras en explotaciones agrícolas o ganaderas, etc.

B. La subrogación por el deudor.

El anteproyecto acude al sistema previsto por el artículo 1211 del Código Civil, al que nos hemos referido anteriormente, completando la regulación civil con una serie de normas que prevén el supuesto de la falta de colaboración por parte del primer acreedor. Así "para que la subrogación surta efectos, bastará que la entidad subrogada declare en la misma escritura -en la que se documente el segundo préstamo- haber pagado a la acreedora la cantidad acreditada por ésta, por capital pendiente e intereses y comisión devengados y no satisfechos". "Se incorporará a la escritura un resguardo de la operación bancaria realizada con tal finalidad solutoria".

"No obstante, si el pago aún no se hubiera efectuado porque la entidad acreedora no hubiere comunicado la cantidad acreditada o se negase por cualquier causa a admitir su pago, bastará con que la entidad subrogada la calcule, bajo su responsabilidad y asumiendo las consecuencias de su error, que no serán repercutibles al deudor, y, tras manifestarlo, deposite dicha suma en poder del Notario autorizante de la escritura de subrogación, a disposición de la entidad acreedora. A tal fin, el Notario notificará de oficio a la entidad acreedora, mediante la remisión de copia autorizada de la escritura de subrogación, pudiendo aquélla alegar error en la misma forma, dentro de los ocho días siguientes".

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

Como vemos, el procedimiento diseñado para el supuesto de falta de colaboración de la entidad acreedora es notoriamente complejo y obliga a la entidad subrogada a asumir una responsabilidad especial, si incurre en error al calcular las cantidades debidas.

La Proposición de Ley de Reforma Parcial de la Ley Hipotecaria, presentada en el Senado por Convergencia y Unión⁽³⁾ busca un camino distinto al previsto por el Anteproyecto gubernamental.

(3) Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. Serie III.A. Proposición de Ley del Senado. 30 de diciembre de 1993. Núm. 8 (a).

En esta Proposición de Ley se adicionan simplemente dos normas a la Ley Hipotecaria. La primera de ellas un nuevo párrafo al art. 144) dispondría "Cuando tenga lugar la subrogación de un nuevo acreedor en una obligación garantizada con hipoteca al amparo de lo dispuesto en el artículo 1211 del Código civil, tal subrogación se hará constar en el Registro de la Propiedad por nota marginal y surtirá efecto respecto de terceros desde la fecha de inscripción de la hipoteca".

La segunda (inclusión de un artículo 151 bis) dicta reglas para el caso de que el deudor haga uso del derecho que le concede el artículo 1211 del Código civil. Son las siguientes:

1º El acreedor estará obligado a dar carta de pago.

2º Si se negase, podrá el deudor acudir al Notario, el cual a la vista de la escritura de préstamo garantizado con hipoteca y de los recibos presentados por el deudor, hará la liquidación de la deuda conforme a lo pactado en dicha escritura. Cuando el acreedor fuese un Banco, Caja de Ahorros o Sociedad de Crédito debidamente autorizada y el deudor no tuviese en su poder todos los recibos, requerirá notarial o judicialmente al acreedor, para que certifique de las cantidades satisfechas hasta ese momento como consecuencia de las obligaciones contraídas en la escritura de préstamo hipotecario.

3º El deudor notificará inmediatamente al acreedor, judicial o notarialmente, la liquidación practicada.

4º Si éste no se opone a ella en el plazo de ocho días naturales a contar desde la recepción de la notificación, el deudor consignará, notarial o judicialmente, la cantidad que resulte de la liquidación formulada, y el propio deudor o el nuevo acreedor podrán solicitar la inscripción de la subrogación presentando los siguientes documentos, que serán títulos bastantes para la inscripción:

a) Escritura de préstamo con pacto de subrogación a que se refiere el artículo 1211 del Código civil.

b) Copia o certificación de la liquidación practicada.

c) Documento acreditativo de la notificación al acreedor de la liquidación.

d) Justificación de la consignación.

5º Si el acreedor se opone, sólo podrá alegar error o falsedad, y ello en el plazo de ocho días naturales a contar desde la recepción de la notificación.

a) Si opusiese error, el deudor acudirá al Juez competente, el cual citará inmediatamente al acreedor y al deudor, y, después de oír a ambas partes, admitirá los documentos que se presenten, y acordará, dentro de los tres días siguientes, lo que estime procedente. El auto que se dicte será apelable en un solo efecto, y el recurso se sustanciará por los trámites de apelación de los incidentes. Al tiempo de formular su reclamación, podrá el acreedor solicitar que se asegure la efectividad de la resolución judicial, con retención judicial de la cantidad discutida, representada por la diferencia entre la liquidación formulada por el Notario y la formulada por el acreedor, igualmente a través de fedatario público.

b) Cuando se alegase falsedad, y se inicie causa criminal, quedará interrumpido el procedimiento hasta que en dicha causa recaiga sentencia firme o acto de sobreseimiento libre o provisional.

Todas las demás reclamaciones que pueda formular el acreedor se sustanciarán en el juicio declarativo que corresponda sin producir, en ningún caso, el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que establece este artículo.

6º Las costas del procedimiento se imputarán a la parte cuya liquidación hubiese sido declarada inexacta.

7º Será Juez competente para conocer del procedimiento el establecido en la regla del artículo 131 de la Ley Hipotecaria".

C. Comisión por amortización anticipada.

El anteproyecto gubernamental limita la cantidad que puede percibir la entidad acreedora por amortización anticipada:

"La cantidad a percibir por la entidad acreedora en concepto de comisión por la amortización anticipada de su crédito, no podrá exceder de la cantidad que percibió en su día en concepto de comisión de apertura por la concesión del mismo préstamo, salvo que por la entidad acreedora se acredite la existencia de un daño económico que no implique la sola pérdida de ganancias, producido de forma directa como consecuencia de la amortización anticipada. La alegación del daño por la acreedora no impedirá la realización de la subrogación si concurren las circunstancias establecidas en la presente ley, y sólo dará lugar a que se indemnice, en su momento, la cantidad que corresponda por el daño producido".

Por su parte, la Proposición de Ley de Convergencia y Unión respeta los derechos del primitivo acreedor hipotecario por cuanto establece que la liquidación consecuencia de la subrogación se llevará a efecto con pleno respeto a lo pactado, inclusive en lo referente a comisiones o penalizaciones por vencimiento anticipado convenidas.

Realmente, en este punto, parece más acorde con nuestro ordenamiento financiero la postura mantenida por la Proposición de Ley que la aceptada por el Anteproyecto gubernamental. En puridad, tal y como el Anteproyecto aparece concebido, es una intromisión administrativa en la fijación de precios por una vía indirecta, que no parece justificada. La protección de los consumidores en este ámbito debe ir por la vía de conseguir la mayor transparencia y conocimiento previo de los costes en que incurre quien concierta el préstamo y, en este sentido, el Borrador de Orden sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (versión de 23 de diciembre de 1993) debería recoger este supuesto, pero no debería producirse intervención administrativa en punto a la cuantía de comisiones. El mercado es el responsable de asumir esa función.

D. Régimen fiscal previsto.

Los artículos 7 y 9 del Anteproyecto prevén la exención en la modalidad gradual del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados tanto de la escritura que documente la operación de subrogación como de las escrituras de novación pactadas entre acreedor y deudor.

Dejando al margen la referencia a "modalidad gradual" que carece de respaldo normativo, la exención debería también afectar -aunque por su cuantía no sea significativo el impuesto -al impuesto fijo en función del número de folios o pliegos.

Por su parte, la Proposición de Ley considera, sin fundamentarlo, que la aplicación del procedimiento que propone y que se ha recogido antes, supone para el deudor un ahorro del cincuenta por ciento de los costes fiscales, notariales y registrales.

E. Honorarios notariales y registrales.

Para el supuesto de subrogación, el artículo 9 prevé que para el cálculo de los honorarios notariales y registrales se tomará como base la cifra del capital pendiente en el momento de la subrogación y se entenderá que el documento autorizado contiene un solo concepto.

Para la novación modificativa pactada entre acreedor y deudor, se tomará como base la que resulte de aplicar al importe de la responsabilidad hipotecaria vigente el diferencial entre el interés del préstamo que se modifica y el interés nuevo.

VI. CONCLUSIONES.

La primera conclusión que puede sentarse es que el Anteproyecto gubernamental (y la Proposición de Ley) pecan de apresuramiento. La presión de los consumidores sobre el Gobierno le ha incitado a adoptar medidas para que el descenso de los tipos de interés repercuta rápidamente en las economías familiares sin atender a que la expansión de los efectos de este tipo de medidas requiere siempre un proceso de adaptación que dura un cierto tiempo.

Ha de tenerse en cuenta que las entidades financieras han de adecuar el descenso en los tipos de interés que aplican en sus operaciones activas con la minoración del coste de sus operaciones de pasivo. No puede, por tanto, exigirse una reacción inmediata a las variaciones en los tipos de interés.

En segundo lugar, es evidente que determinadas entidades han desencadenado una campaña muy agresiva de captación de clientes de activo que no va a favorecer en absoluto al mercado, pues puede desalentar a las entidades que tradicionalmente han venido atendiendo estas operaciones. En este sentido la limitación de las comisiones por amortización anticipada puede provocar graves trastornos en el ajuste de los costes.

El Anteproyecto peca también de inmadurez por cuanto que el procedimiento de desarrollo de la subrogación puede generar nuevos costes como consecuencia de la intervención de la judicatura, sin que pueda olvidarse que todo litigio provoca hoy en nuestro país actuaciones que se extienden en el tiempo de forma absolutamente insoportable para entidades que actúan en el mercado. Habrán de buscarse soluciones arbitrales mucho más ágiles que los procedimientos judiciales.